Luigi Ferrajoli

EDITORIAL TROTTA

Principia iuris

Teoría del derecho y de la democracia

2. *Teoría de la democracia*

Principia iuris
Teoría del derecho y de la democracia

Principia iuris
Teoría del derecho y de la democracia

2. Teoría de la democracia

Luigi Ferrajoli

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón,
Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel

E D I T O R I A L   T R O T T A

La traducción de esta obra ha sido financiada por el SEPS
Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche



Via Val d'Aposa 7 - 40123 Bologna - Italia
seps@seps.it - www.seps.it

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie Derecho

Título original: Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia
2. Teoria della democrazia

Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
http://www.trotta.es

Esta traducción de *Principia iuris* se publica por acuerdo
con Gius. Laterza & Figli SpA, Roma-Bari

ISBN: 978-84-9879-175-4 (Obra completa)
ISBN (edición electrónica pdf): 978-84-9879-416-8 (Volumen 2)

Parte IV

LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

XIII

LAS DIMENSIONES. DEMOCRACIA FORMAL Y DEMOCRACIA SUSTANCIAL

13.1. *Las concepciones procedimentales de la democracia: cuatro aporías*

Según la concepción ampliamente dominante, la democracia consiste en un método de formación de las decisiones públicas: y precisamente en el conjunto de las reglas que atribuyen al pueblo, o mejor, a la mayoría de sus miembros, el poder, directo o mediante representantes, de asumir tales decisiones. Ésta no es sólo la acepción etimológica, sino también la concepción de la «democracia» casi unánimemente compartida por la teoría y la filosofía política[1]. Conforme a ella, la fuente de legitimación del poder es la *auto-nomía*, esto es, la libertad positiva, consistente en «gobernarse por sí mismos» y «en no hacer depender de nadie más que de uno mismo la regulación de la propia conducta»[2]: en otras palabras, en el hecho de que las decisiones se adopten, directa o indirectamente, por sus mismos destinatarios, o, más exactamente, por su mayoría, de modo que sean expresión de la «voluntad» y la «soberanía popular».

Podemos llamar *formal* o *procedimental* a esta definición de la democracia. En efecto, identifica a la democracia simplemente conforme a las *formas* y *procedimientos* idóneos justo para garantizar que las decisiones producidas sean expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular. La identifica, en una palabra, por el *quién* (el pueblo o sus representantes)[3] y el *cómo* (la regla de la mayoría) de las decisiones, independientemente de sus contenidos, es decir, del *qué* viene decidido. Incluso un sistema en el que se permitiera decidir por mayoría la reducción de los derechos de las minorías sería, de acuerdo con este criterio, «democrático». La tesis que pretendo sostener es que esta caracterización solamente formal de la democracia no es suficiente para fundamentar una definición adecuada de ella y que, con tal fin, hay que integrarla con la indicación de algún vínculo de carácter *sustancial* o de *contenido*. Es lo que haré en esta cuarta parte, articulada en cuatro capítulos dedicados,

respectivamente, a las *dimensiones* (formal y sustancial), a las *formas* (civil y política), a los *contenidos* (liberales y sociales) y a los *niveles* (estatales, supraestatales e infraestatales) en los que se articula, gracias a la estipulación normativa de los respectivos derechos, el paradigma de la democracia constitucional. No es tampoco inútil repetir cuanto ya se ha dicho en la Introducción: la teoría de la democracia aquí desarrollada no es una teoría «formal» (en el sentido epistemológico y metateórico del término, bien distinto del teórico [D9.1, D12.34] en el que aquí se utiliza) ni por tanto formalizada. Es una teoría normativa, que hace uso de todo el aparato conceptual elaborado por la teoría formal del derecho, del que representa una interpretación semántica de tipo axiológico o normativo, si bien anclada en la experiencia constitucional de las actuales democracias avanzadas.

Que la dimensión formal de la democracia como poder basado en la voluntad popular exprese un rasgo necesario es indudable: se trata, como se ha visto en el § 12.18, de una *conditio sine qua non* en ausencia de la cual no se puede hablar de «democracia» en absoluto. ¿Pero es ésa la única condición necesaria? ¿Es suficiente una connotación puramente formal de la democracia para identificar todas las condiciones que se exigen a un sistema político para que pueda ser considerado «democrático» y, más específicamente, como una «democracia constitucional»? Creo que no. Enumeraré cuatro razones, correspondientes a otras tantas aporías, que exigen que sea integrada por límites y vínculos sustanciales o de contenido.

La primera razón consiste en la falta de alcance empírico y, por consiguiente, de capacidad explicativa, de una definición de democracia que identifique sólo sus rasgos formales. En realidad, tal definición no está en condiciones de dar cuenta de las actuales democracias constitucionales, que resultarían ser, conforme a ella, no-democracias. Al limitarse a exigir que los poderes públicos sean ejercidos por el pueblo de la manera que sea, y configurando así la democracia como poder popular absoluto, ignora el paradigma del estado de derecho, que no admite la existencia de poderes no sujetos a la ley (T10.30-T10.32)[4], y todavía más del estado constitucional de derecho (T12.126), dentro del cual no es en absoluto verdadero que el poder del pueblo sea ilimitado. La novedad introducida por el constitucionalismo en la estructura de las democracias es, en efecto, que conforme a él incluso el supremo poder legislativo está jurídicamente disciplinado y limitado no sólo respecto a las formas, predispuestas como garantía de la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también en lo relativo a la sustancia de su ejercicio, obligado al respeto de esas específicas normas constitucionales que son el principio de igualdad y los derechos fundamentales. ¿Deberíamos concluir, de acuerdo con la definición formal de democracia únicamente como «poder del pueblo», que estos sistemas no son democráticos, que los derechos fundamentales sancionados en constituciones rígidas, al ser un límite heterónomo a la dimensión política de la democracia, son por

ello un límite a la democracia *tout court*, hasta el punto de correr el riesgo de convertirse, en cuanto tendencialmente «insaciables»[5], en su negación? ¿O no debemos afirmar, por el contrario, que precisamente en ausencia de tales límites, si bien podemos hablar de «democracia» en sentido puramente político o formal, no podemos ciertamente hacerlo a propósito de esa forma compleja y hoy generalizada en todos los países avanzados que es la «democracia constitucional»?

La segunda razón reside en la escasa consistencia teórica de una noción de democracia solamente formal que pretenda ser consecuente consigo misma. En efecto, para la supervivencia de cualquier democracia es necesario algún límite sustancial. En ausencia de tales límites, relativos a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia *no puede* —o al menos *puede no*— *sobrevivir*: en línea de principio siempre es posible que con métodos democráticos se supriman los propios métodos democráticos. Siempre es posible suprimir, por mayoría, los derechos de libertad e incluso el derecho a la vida. Más aún: es posible democráticamente, es decir, por mayoría, suprimir los mismos derechos políticos, el pluralismo político, la división de poderes, la representación, en una palabra, todo el sistema de reglas en el que consiste la democracia política. No hablo de hipótesis de escuela: aludo a las terribles experiencias totalitarias del siglo pasado, cuando el fascismo y el nazismo se adueñaron del poder en formas democráticas para atribuírselo «democráticamente» a un jefe que suprimió la democracia. Se suele sortear esta objeción con la tesis de que los límites a la democracia asegurados por algunos derechos fundamentales son «condiciones», «precondiciones» o «presupuestos» de la democracia[6]. Pero una condición, cuando se considera necesaria, equivale a un requisito esencial y ha de ser incluida necesariamente, como condición *sine qua non*, en la definición del término que se define[7].

La tercera razón consiste en el nexo indisoluble, ignorado por las concepciones puramente formales de la democracia, entre la soberanía popular y las dos clases de derechos fundamentales que he llamado 'primarios' o 'sustanciales' (D11.4). Ante todo, en el nexo entre democracia política y derechos de libertad. La voluntad popular, en efecto, se expresa *auténticamente* sólo si puede expresarse *libremente*. Y sólo puede expresarse libremente mediante el ejercicio, además del derecho de voto, de las libertades fundamentales por parte de todos y cada uno: de la libertad de pensamiento, de prensa, de información, de reunión y de asociación[8]. Por eso no hay soberanía popular ni democracia sin derechos de libertad individuales. Porque no sólo la democracia y la misma soberanía popular están amenazadas —también para las generaciones futuras, como se verá en el § 13.17— por la omnipotencia de la mayoría, sino que una y otra se realizan y se alimentan sólo a través del ejercicio constante de los derechos de libertad. Como escribió Piero Calamandrei, estos derechos «son, pues, no solamente reconocimiento y garantía del respeto debido a la insuprimible dignidad moral de toda persona, sino también condición fisiológica, al igual que la respiración del organismo humano, de la vida

política de la comunidad»[9]. Han de concebirse, «en el sistema democrático», en vez de «como expresión de desconfianza y de defensa contra la autoridad», más bien «como instrumentos y condiciones de la autoridad misma», la cual «encuentra su fuente en la voluntad de los ciudadanos, esto es, en el activo concurso de éstos a la formación de la legislación»[10]. Por otro lado, como veremos mejor en el capítulo XV, los derechos de libertad serán tanto más efectivos cuanto más apuntalados estén a su vez por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, todavía más obviamente, del derecho a la educación y a la información. Sin la satisfacción de estos derechos, no sólo los derechos políticos sino incluso los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: porque no hay participación en la vida pública sin garantía de los mínimos vitales, es decir, de los derechos a la supervivencia, ni hay formación de voluntades conscientes sin educación e información.

La cuarta razón de la insuficiencia de una noción de democracia puramente formal o procedimental está ligada a una aporía de carácter filosófico-político. Esta concepción se acredita, como se ha dicho, conforme a la caracterización de la democracia como «auto-nomía», «auto-gobierno» o «auto-determinación» popular, es decir, como libertad positiva del pueblo de no estar sujeto a otras decisiones y, por tanto, a otros límites o vínculos, salvo los decididos por él mismo. Pero el pueblo es un sujeto colectivo, que no puede más que decidir por mayoría y por lo general, en la democracia representativa, sólo sobre la elección de sus representantes; y ninguna mayoría puede decidir sobre lo que no le pertenece, es decir, sobre la supresión o la restricción de aquellas normas constitucionales que confieren derechos fundamentales y que pertenecen, como se ha mostrado, a cuantos —todos y cada uno— no son sólo sus destinatarios sino también sus titulares (T12.168). La ecuación entre auto-nomía y método decisional fundado sobre los principios de mayoría y de representación está respaldada, como veremos mejor en los §§ 14.3 y 14.5, por una concepción comunitaria, organicista y holista de la democracia basada sobre una larga serie de asunciones ideológicas: la idea de que el pueblo es un «cuerpo político»[11], una especie de organismo, un macrosujeto, dotado de una voluntad propia homogénea; que los principios de la representación y de la mayoría, en vez de simples convenciones más que nada idóneas para determinar a los sujetos en mayor medida «representativos», son realmente las formas a través de las cuales se expresa la voluntad general del pueblo como sujeto unitario y orgánico[12]; que, así pues, como escribió Rousseau, «cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo» no nos debemos preguntar «si la ley puede ser injusta, puesto que nadie es injusto hacia sí mismo; ni cómo uno es libre y está sometido a las leyes, puesto que éstas no son más que registros de nuestras voluntades»[13]. Si en cambio abandonamos estas metáforas, es fácil reconocer, con John Stuart Mill, que «frases como 'poder sobre sí mismos' y el 'poder de los pueblos sobre sí mismos'» no expresan «la

verdadera situación de las cosas; el 'pueblo' que ejerce el poder no siempre es el mismo pueblo sobre el cual es ejercido; y el 'autogobierno' de que se habla, no es el gobierno de cada uno por sí mismo sino de cada uno por todos los demás»[14]. Sin contar con que la correspondencia entre los pueblos y sus gobiernos representativos, como se verá en el capítulo XVI, es cada vez menos atendible en un mundo como el actual, donde las interdependencias generadas por la globalización provocan que bajo múltiples aspectos los pueblos, sobre todo los de los países más débiles, sean gobernados de hecho, más que por sus propios gobiernos, por los de las superpotencias. También por esto, para que un sistema político pueda considerarse expresión, siquiera sea aproximativa, del «poder del pueblo», no menos importante que sus formas representativas es que en él se garanticen, además del poder de la mayoría de sus representantes, esos contrapoderes de todos que son los derechos fundamentales.

13.2. *Una redefinición de la soberanía popular: a) como garantía negativa; b) como suma de los derechos fundamentales*

El reconocimiento y la superación de estas aporías exigen volver a pensar radicalmente la relación entre pueblo y democracia tal y como es habitualmente postulada por la expresión «soberanía popular». De ello se sigue, en realidad, que cualquier concepción de la soberanía como *potestas legibus soluta* está en contradicción no sólo con el modelo de la democracia constitucional sino con la idea misma de democracia, que se ha revelado como incompatible histórica y conceptualmente con la existencia de poderes soberanos o absolutos, incluida la omnipotencia de la mayoría del pueblo o de sus representantes[15]. Hay por lo demás dos significados que pueden asociarse a la noción de «soberanía popular» —uno en negativo y el otro en positivo—, de conformidad con la noción general de democracia y más todavía con la más específica de democracia constitucional.

El primer significado de «soberanía popular» compatible con la democracia es el literal, referido al pueblo entero, tal y como se expresa en casi todas las constituciones actuales: «la soberanía pertenece al pueblo» o «reside en el pueblo», afirman por ejemplo el artículo 1 de la Constitución italiana, el artículo 3 de la Constitución francesa y el artículo 1, párrafo 1, de la Constitución española[16]. En este significado literal, el principio de la «soberanía popular» no es más que un principio de legitimación en negativo de la democracia política. Quiere decir, simplemente, que «la soberanía pertenece al pueblo» y *sólo* al pueblo; que reside en el pueblo y *sólo* en el pueblo. Por lo demás, fue el propio Rousseau quien afirmó que «la soberanía no puede ser representada, por la misma razón por la que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa: o es ella misma, o es otra; no hay término medio»[17]. Esto significa que el principio de la so-

beranía popular equivale a una *garantía negativa* (D3.7), es decir, a la prohibición para cualquiera de apropiarse de ella y usurparla: significa que la soberanía, al pertenecer al pueblo entero, que como se verá en su momento no existe como sujeto dotado de una voluntad unitaria, no pertenece a ningún otro y que ninguna persona individual o grupo de personas —monarca o parlamento, presidente elegido por el pueblo o asamblea representativa— puede «adueñarse de ella», como escribió Benjamin Constant[18], para ejercerla contra alguno de sus miembros. Ciertamente, añade Constant, «los hombres de partido, por puras que sean sus intenciones, son siempre reacios a limitar la soberanía. Se consideran sus herederos presuntos y administran, incluso en las manos de sus enemigos, su propiedad futura»[19]. Pero es precisamente el principio de la soberanía popular el que desmiente esta pretensión: en aparente paradoja, en vez de colocarse en contraste con el principio del estado de derecho, según el cual no existen poderes soberanos o *legibus soluti* en ningún hombre o grupo de hombres distinto del pueblo entero, ese principio representa su primera garantía.

El segundo significado compatible con el paradigma de la democracia constitucional que puede asociarse, en positivo, con la noción de la «soberanía popular» es el resultante de su nexo con los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Ya he dicho que todos los derechos fundamentales dan formas y contenidos a la «voluntad popular», la cual, en cuanto suma de las voluntades de cada uno de sus miembros, no puede manifestarse auténticamente si no puede expresarse libremente: y no puede expresarse libremente sin estar presidida por las garantías no sólo de los derechos políticos y de libertad, sino también de los derechos sociales. Por tanto, en este segundo sentido la fórmula «la soberanía pertenece al pueblo» quiere decir que pertenece al conjunto de sus ciudadanos, es decir, de todas las personas de las que el pueblo se compone: pertenece, en una palabra, a todos y a cada ciudadano en cuanto equivale a la suma de aquellos poderes y contrapoderes —los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales— que son los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Estos derechos, por consiguiente, no sólo son límites a su ejercicio concreto, sino que son también su sustancia democrática, dado que se refieren al pueblo en un sentido mucho más concreto y rico de la misma representación política, es decir, a todos y a cada uno de sus miembros de carne y hueso. Equivalen, en otras palabras, a otros tantos *fragmentos de soberanía popular* correspondientes a todos y a cada ciudadano. Por eso cualquier violación de tales derechos es una lesión no sólo a las personas que son sus titulares, sino también a la soberanía popular. Éste es, en efecto, el sentido del famoso artículo 34 de la Declaración que antecede a la Constitución de 24 de junio de 1793: «Hay opresión contra el cuerpo social cuando uno solo de sus miembros es oprimido. Hay opresión contra cualquier miembro cuando el cuerpo social es oprimido»[20].

Conforme a esta redefinición de la soberanía popular y de la relación entre democracia y pueblo, podemos pues afirmar que el requisito formal y procedimental de las decisiones por mayoría, si bien es necesario para anclar, aun indirectamente, el poder político en sus destinatarios, no es suficiente para definir la democracia. No lo es en el plano de la teoría del derecho, al no ser el único requisito de las actuales democracias constitucionales. No lo es en el plano de la teoría política, al no ser la única condición de supervivencia de la propia democracia política. No lo es en el plano filosófico o axiológico, al no ser el único criterio de legitimación del poder político como expresión de la soberanía popular. Y todavía menos lo es en el plano fáctico, como garantía de correspondencia entre gobernantes y gobernados. Para que un sistema sea democrático se exige al menos que la mayoría no tenga el poder de suprimir la posibilidad de que las minorías se conviertan en mayoría. Más aún: se exige que ésta se halle vinculada a aquellos poderes «de todos» que forman la soberanía popular y en los que reside el valor democrático de todos los derechos fundamentales. Pero estos vínculos son normas sustanciales, que tienen que ver con los contenidos de las decisiones y que por tanto contradicen la tesis según la cual la democracia consistiría únicamente en un método, es decir, en las reglas procedimentales que aseguran la representatividad popular a través del sufragio universal y el principio de mayoría.

En suma, en garantía de las propias formas y del propio método democrático y de sus múltiples presupuestos, se exigen unos rasgos sustanciales como necesarios en toda definición teórica de «democracia» dotada de alcance empírico y de capacidad explicativa. La *democracia constitucional* se configura así como un paradigma complejo que incluye, como se ha visto con las tesis D12.23 y T12.112-T12.117, junto a la dimensión política o *formal*, también una dimensión que he llamado *sustancial*, dado que se refiere a la sustancia de las decisiones: es decir, a los límites (lo que está prohibido) y a los vínculos (lo que es obligatorio) impuestos a los poderes representativos como otros tantos principios axiológicos de la democracia.

En esta cuarta parte, dedicada a la teoría política además de jurídica de la democracia, ilustraré este paradigma complejo tal y como resulta de la constitucionalización rígida de tales principios axiológicos como *principia iuris et in iure* normativos frente al conjunto del sistema jurídico. Mostraré que estos principios son todos reconducidles, directa o indirectamente, a los diferentes tipos de derechos fundamentales distinguidos en el capítulo XI e identificados en la definición de ‘constitución (democrática)’ (D12.22) como aquellos derechos vitales por coesenciales a la paz cuya garantía es la razón social de las democracias constitucionales (D12.21, T12.117). Descompondré después el paradigma constitucional, en relación con el papel y la naturaleza de tales derechos, en sus diferentes dimensiones, formas, contenidos y niveles. Precisamente, analizaré en este capítulo el paradigma de la democracia constitucional en sus dos *dimensiones* —la formal y la sustancial— ilustrando

sus orígenes históricos, sus fundamentos axiológicos, sus condiciones de efectividad y las perspectivas abiertas por su crisis actual. Analizaré también, en el capítulo XIV, las *formas* de la democracia política y de la democracia civil tal y como resultan, respectivamente, del ejercicio de los derechos políticos y de los derechos civiles. Ilustraré después, en el capítulo XV, los *contenidos* de la democracia liberal y de la democracia social, asegurados unos por las garantías de los derechos de libertad y los otros por las garantías de los derechos sociales. En el capítulo XVI, en fin, afrontaré el análisis de los diferentes *niveles* de la democracia en la perspectiva de una extensión de su paradigma constitucional, tradicionalmente modelado sólo sobre el Estado nacional, al ordenamiento internacional.

No se tratará solamente de un análisis descriptivo. La constitucionalización de los derechos fundamentales, como se ha dicho varias veces, no se limita a transformar principios axiológicos de justicia en *principia iuris et in iure* ni, por tanto, a modelar en el plano normativo el paradigma de la democracia constitucional. Permite además reconocer, en el plano fáctico, los peligros, las agresiones, las opresiones y las injusticias para cuya evitación ha sido estipulada. Al imponer la introducción y, todavía antes, el pensar y elaborar las garantías de los derechos y de la paz como razones sociales del edificio constitucional, induce a la teoría a plantear los términos de las diferentes cuestiones y a proyectar sus posibles soluciones, aun provisionales e imperfectas. Las implicaciones expresadas por las tesis T11.102-T11.104 sobre los derechos fundamentales, como se ha visto en realidad en los §§ 10.19-10.20 y 12.13, no comportan por sí solas la existencia de las respectivas garantías, primarias y secundarias, sino que simplemente imponen, como *principia iuris tantum*, su introducción, su instrumentación y todavía antes su delineación teórica, junto a sus respectivas funciones e instituciones. De ahí, como se dijo desde la Introducción, la principal dimensión pragmática de la teoría. Tanto el derecho como la teoría del derecho son un lenguaje ofrecido a la reflexión jurídica y política para pensar, formular y plantear los problemas, para aclarar y precisar sus términos y para elaborar sus concretas soluciones.

13.3. *Democracia y derecho. Dos dimensiones de la democracia: democracia formal y democracia sustancial*

Las condiciones de la democracia —sean simples o complejas, formales o sustanciales— están evidentemente preestablecidas por reglas, en el sentido de que concurren si y sólo si están estipuladas por normas de derecho positivo. Se trata, explícita o implícitamente, de normas sobre la producción, en el sentido aquí precisado en las definiciones D9.11-D9.13: de normas formales sobre las formas (es decir, sobre el «quién» y sobre el «cómo») de las decisiones válidamente producidas, idóneas para

garantizar que éstas sean expresión, directa o indirecta, de las opciones de sus destinatarios; y de normas sustanciales sobre los contenidos (es decir, sobre el «qué») de las mismas decisiones, idóneas para garantizar, so pena de invalidez, el respeto de límites y vínculos fundamentales (D11.24 y D11.25) estipulados para la tutela de los derechos y los intereses de todos.

Hay, pues, un nexo racional —teórico, metateórico y práctico— entre democracia y derecho. Obviamente, el derecho positivo no implica en absoluto la democracia, pudiendo bien ocurrir, a causa de la separación iuspositivista entre derecho y justicia de la que he hablado desde el § 4 de la Introducción y sobre la que volveré en el § 15.2, que sea sumamente injusto y antidemocrático. Pero no vale la no implicación inversa. La democracia implica necesariamente el derecho. Bien puede haber, ciertamente, derecho sin democracia. Pero no puede haber democracia sin derecho. Puesto que la democracia es un conjunto de reglas sobre el válido ejercicio del poder: por un lado, las reglas que confieren poderes de autodeterminación individual y colectiva, garantizando su igual titularidad a todos en cuanto personas o ciudadanos: por el otro, las reglas que imponen límites y vínculos a estos mismos poderes para impedir su degeneración en formas despóticas y garantizar su ejercicio en tutela de los intereses de todos. Y estas reglas valen para limitar y vincular los diferentes tipos de poder en garantía de los intereses de todos en la medida en que establezcan la igualdad en los derechos fundamentales como normas constitucionales jerárquicamente superiores a aquellos poderes. Ésta es, por lo demás, una dura lección de la historia, que nos ha enseñado que las razones principales de todos los fracasos de las grandes esperanzas suscitadas por las revoluciones del siglo pasado, aun animadas por proyectos de emancipación universal, han sido el total desprecio del derecho y de los derechos y la ingenua confianza en un poder «bueno» sólo por haber sido conquistado y ejercido en nombre de los oprimidos.

El fundamento de la teoría jurídica de la democracia constitucional, y más específicamente de sus garantías jurídicas, es por tanto, como se ha mostrado en el § 12.18, la teoría de la validez de las normas. La democracia constitucional, en efecto, es siempre un sistema nomodinámico que incluye normas sobre la producción que, gracias a su colocación en el vértice de la jerarquía de las fuentes y las normas, son idóneas para establecer los requisitos esenciales, tanto de forma como de sustancia, de la vigencia y de la validez formal y sustancial de todas las normas producidas. Precisamente, la teoría de la vigencia y de la validez formal está en la base de la teoría de la que he llamado *democracia formal* (D12.34); la teoría de la validez sustancial está en la base de la teoría de la que he llamado *democracia sustancial* (D12.35). La potencial divergencia entre validez sustancial y vigencia, conforme a la cual *quod principi placuit legis habet vigorem* pero no siempre validez, es por eso un carácter estructural de la democracia constitucional. No todo lo que se decide

conforme a la autonomía política, como por lo demás conforme a la autonomía civil, es válido además de existente: para que una decisión sea válida no debe violar los principios y los derechos fundamentales, precisamente estipulados en las constituciones como límites y vínculos a las dinámicas del mercado en el mundo de los negocios y a los posibles abusos de la mayoría en el ámbito de la política (T12.129-T12.130).

Las dos dimensiones —formal y sustancial— de la validez de las normas corresponden por ello a otras tantas dimensiones de la democracia. Y puesto que están aseguradas por la estipulación en las constituciones como normas sobre la producción de otras tantas clases de derechos fundamentales —los derechos secundarios como normas formales, los primarios como normas sustanciales (D12.22, T12.92)—, es en estas dos clases de derechos donde residen las dos dimensiones de la democracia, una formal y la otra sustancial. Todos estos derechos, y no sólo los políticos, sirven en realidad para componer el «poder del pueblo». En un doble sentido. En primer lugar, corresponden, conforme a su forma universal, a expectativas y a necesidades vitales *de todos* y pertenecen por tanto, como poderes y contrapoderes, al pueblo en el sentido más pleno de la palabra: como totalidad de sus componentes. Son, se ha dicho, fragmentos de soberanía que concurren en su conjunto para formar la «soberanía popular» en el único significado positivo en el que, como se ha dicho en el parágrafo precedente y se verá mejor en los §§ 13.10 y 14.2, todavía se puede usar esta palabra. Por eso no pueden ser suprimidos, reducidos ni enajenados y tienen, por así decirlo, una vocación estructural a la rigidez: porque no pertenecen a la mayoría, sino inderogablemente a todos y a cada uno. En segundo lugar, los derechos fundamentales, aun limitando y vinculando a las contingentes voluntades de las mayorías, son siempre una expresión de la democracia considerada en su propia dimensión política. También estos derechos, en tanto que están estipulados en normas constitucionales producidas por asambleas representativas, son en realidad fruto de la voluntad popular tal y como se ha expresado en forma mayoritaria y solemne en los respectivos actos constituyentes, asistidos por lo general por lo que con la célebre fórmula de John Rawls bien podemos llamar el «velo de la ignorancia» sobre los contingentes intereses de parte[21]: precisamente, en la aprobación de las constituciones estatales y en la estipulación de aquellos pactos de convivencia internacional que son la Declaración Universal de 1948, los Pactos sobre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de 1966 y las muchas otras convenciones sobre los derechos humanos.

Por tanto, para comprender mejor el nexo estructural entre democracia y derechos fundamentales, es útil volver al análisis de las tres tipologías de los derechos elaboradas en el capítulo XI: *a*) su cuatripartición en derechos humanos, públicos, civiles y políticos (T11.47) generada por el entrecruzamiento de las distinciones entre derechos primarios y derechos secundarios (T11.22) y entre derechos de la persona y derechos del ciudadano (T11.21); *b*) su cuatripartición en derechos sociales,

'libertades frente a', 'libertades de' y derechos secundarios de autonomía (T11.59), generada por la aplicación a los derechos fundamentales de la distinción de los derechos subjetivos en derechos positivos, derechos de inmunidad, derechos facultativos y derechos potestativos (T10.143); *c*) su cuatripartición en derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales (T11.73), derivada de la cuatripartición que precede a través de la descomposición de los derechos secundarios de autonomía en derechos civiles y derechos políticos (T11.70) y la agregación de las 'libertades frente a' a la categoría única de los derechos de libertad (D11.15).

Lógicamente, las dos primeras distinciones son independientes: la primera, que he llamado «subjetiva», está ligada a los diferentes estatus de los titulares de los derechos fundamentales: la personalidad, la ciudadanía y la capacidad de obrar; la segunda, que he llamado «objetiva», está ligada a la estructura de los propios derechos, es decir, a su carácter de 'derechos (sociales) positivos' o de 'derechos (individuales) negativos' y, en este segundo caso, de 'libertades frente a', de 'libertades de' o de 'potestades de'. Lo que las conecta es la tercera distinción, obtenida con la demostración de que los derechos primarios son la suma de los derechos sociales y de los derechos de libertad (T11.74) y los derechos secundarios o de autonomía lo son de los derechos civiles y de los derechos políticos (T11.69, T11.70).

Estas dos coincidencias son iluminadoras acerca de la centralidad de la distinción entre derechos primarios y derechos secundarios que atraviesa a nuestras tres tipologías. A diferencia de la distinción subjetiva entre derechos de la persona y derechos del ciudadano, que es signo de una aporía históricamente determinada de la que es posible (además de deseable) su progresiva superación, la distinción entre derechos primarios y derechos secundarios no es superable, al estar conectada a la capacidad de obrar exigida para el ejercicio de los poderes en los que consisten los segundos. Por otro lado, a diferencia de la distinción objetiva entre los derechos ligada a sus contenidos —positivos o negativos, pasivos o activos—, señala una diferencia funcional que le confiere un papel central en la teoría del derecho, al igual que en la teoría política. En ella se expresa, en efecto, una dicotomía entre figuras asimétricas, unas relativas a *fines* y las otras relativas a *medios*; las primeras, consistentes esencialmente en *expectativas*, positivas o negativas, y las segundas, consistentes también en *poderes*. Mientras que los *derechos primarios*, sean humanos o públicos, de libertad o sociales, designan intereses o necesidades —la vida, la integridad personal, la libertad, la salud, la educación, la paz, el ambiente y similares— cuya satisfacción es fin en sí misma, los *derechos secundarios* o de autonomía, tanto civiles como políticos, consisten en derechos-poder y designan, así pues, el medio de la autodeterminación al que en un sistema democrático se confía la consecución de los fines jurídicos, sea económicos o políticos. Por esto he caracterizado los derechos secundarios y los derechos primarios, sean de la persona o del ciu-

dadano, respectivamente como «*instrumentales*» (o «*formales*») y como «*finales*» (o «*sustanciales*»): porque los primeros son *derechos-medios*, mientras que los segundos son *derechos-fin*. Unos afectan al *quién* y al *cómo* de las decisiones, remitidas por ellos a la autodeterminación de las personas en condiciones de igualdad. Los otros afectan al *qué* está sustraído o impuesto a tales decisiones, cuya sustancia sirven para limitar o para vincular a través de las prohibiciones y las obligaciones a ellos correspondientes. Entre unos y otros, adviértase, no hay un nexo teleológico inmediato. Los derechos-fin o primarios diseñan más bien el horizonte axiológico asignado al conjunto de los poderes directa o indirectamente constituidos por los derechos-medios o secundarios.

Nuestra distinción entre *derechos secundarios* y *derechos primarios* viene así a coincidir con la distinción entre dos diferentes fundamentos tanto de la democracia como del estado de derecho. Las reglas de la que he llamado *democracia formal* están, en efecto, dirigidas a disciplinar los medios y las formas de las decisiones, que aquéllas reservan al poder y la voluntad de los particulares en la vida privada y al poder y la voluntad de la mayoría en la vida pública, quedando indiferentes a sus fines y no preordenando su sustancia. Y por eso consisten en la atribución de los *derechos secundarios*, *instrumentales* o *de autonomía*, individual o colectiva, a través de las normas formales que condicionan la innovación y la transformación jurídica a su válido ejercicio. Las reglas de la que he llamado *democracia sustancial* consisten en cambio en límites y vínculos a la autodeterminación individual y colectiva en tutela de intereses o necesidades vitales de todos. Y consisten, pues, en la atribución de los *derechos primarios*, *finales* o *sustanciales*, reflejo de aquellos intereses y necesidades, a través de las normas sustanciales que disciplinan el ejercicio de los poderes de autodeterminación, en otro caso absolutos, en los que consisten los derechos secundarios. Las reglas del primer tipo, como se ha visto, son las *normas de reconocimiento* de los poderes legítimos y de las decisiones formalmente válidas en un ordenamiento democrático (T12.113-T12.116, T12.160-T12.161); las del segundo expresan la *razón social* a la que unos y otras están subordinados en tal ordenamiento (T12.117, T12.163-T12.167). Aquellas reglas sirven para fundamentar la *dimensión nomodinámica*, estas otras la *dimensión nomoestática* de la democracia constitucional.

Es, pues, claro en qué sentido hablamos de «*democracia formal*» (T12.34) a propósito de un ordenamiento dentro del cual todos los poderes están fundamentados, directa o indirectamente, en los derechos-poder de autonomía: en el sentido de que se refieren a la «*forma*» de las decisiones tanto la identificación de los sujetos de la autodeterminación (el «quién decide») como el principio de mayoría (el «cómo se decide»), asegurados por la universalización de los derechos secundarios, tanto civiles como políticos (T11.46). Y es también claro en qué sentido, en un estado de derecho en el que todos los poderes están sometidos a los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, podemos ha-

blar —con una fórmula desgastada por los múltiples usos y abusos pero que es oportuno rehabilitar— de «*democracia sustancial*» (D12.35): en el sentido de que se refieren a la «*sustancia*» de las decisiones tanto los límites fundamentales (D11.24) correspondientes a los derechos individuales, sean de libertad o de autonomía (el «qué no se debe decidir»), como los vínculos fundamentales (D11.25) correspondientes a los derechos sociales (el «qué se debe decidir»), unos y otros impuestos, según el modelo normativo de la democracia constitucional, tanto a los derechos-poder de la autonomía privada como a los representativos de la autonomía política, en garantía de intereses primarios y vitales de todos y cada uno.

Se comprende, en fin, también el nexo que liga a las dos dimensiones: una «instrumental» respecto de la otra en el mismo sentido en que se denominan «instrumentales» los derechos secundarios que forman las normas de reconocimiento de la primera y «finales» a los primarios que dictan la razón social de la segunda. Es un nexo lógico —además de axiológico, como veremos mejor en el § 15.1— que hace de la dimensión sustancial de la democracia, es decir, de los límites y vínculos a ella impuestos por los principios constitucionales, un corolario de la concepción utilitarista y contractualista del Estado: entendido, precisamente, como instrumento para finalidades externas a él, como son la garantía de la paz y de los derechos fundamentales[22], en oposición a las concepciones puramente formales que conciben el derecho y el Estado como valores intrínsecos y entidades fines en sí mismas, destinadas por tanto a corromperse y a degenerar en formas absolutas[23].

13.4. *Un modelo cuatridimensional de democracia: democracia política, democracia civil, democracia liberal y democracia social*

El carácter representativo o directamente popular de las actividades legislativas y de gobierno, asegurado por el sufragio universal y por el principio de mayoría, es pues sólo la primera e imprescindible condición de la democracia, de la que designa la *forma política* que, junto a la *forma civil*, integra su *dimensión formal*, determinada precisamente por las *normas formales* que disciplinan las *formas* de producción de las decisiones (D9.11). El respeto de estas normas, establecidas usualmente en la segunda parte de las constituciones, es suficiente, además de necesario, para asegurar la vigencia y la validez formal de las leyes, pero no también su validez sustancial, que depende de la coherencia de sus significados con las *normas sustantivas*, las cuales afectan en cambio a los contenidos, esto es, a la *sustancia —liberal* o *social—* de las decisiones producidas (D9.12) y determinan por ello la que he llamado la *dimensión sustancial* de la democracia. Estas normas son sobre todo los derechos fundamentales, establecidos habitualmente en la primera parte de las constituciones: por un lado, los derechos individuales y de autonomía,

los cuales imponen límites, es decir, prohibiciones de lesión (T11.109 y T11.111) cuyo incumplimiento genera *antinomias* (T10.270, T12.131); por el otro, los derechos sociales, los cuales imponen vínculos, es decir, obligaciones de prestación (T11.108, T11.110) cuyo incumplimiento genera *lagunas* (T10.271, T12.132).

En todos los casos, todos los derechos fundamentales, si están constitucionalmente establecidos, son normas sobre la producción de grado supraordenado a todas las demás normas producidas. Son, en primer lugar, ellos mismos '*normas téticas*' (T11.20), identificándose con las reglas que los establecen, a diferencia de las situaciones particulares, que están no dispuestas sino pre-dispuestas por '*normas hipotéticas*' como efectos de los actos negociales por ellas previstos: el derecho a manifestar el propio pensamiento, por ejemplo, —a diferencia de un derecho patrimonial, que nunca es él mismo una norma sino que está sólo predispuesto por una norma como efecto de los actos por ella tomados como hipótesis— no es más que (el significado del artículo de la Constitución que enuncia) la norma constitucional mediante la que tal derecho es conferido. Son, en segundo lugar, normas '*sustantivas*' sobre la producción, habitualmente de rango constitucional respecto de la producción legislativa, dado que disciplinan no ya la forma, sino la sustancia de las normas producidas, vinculándola a la garantía de la paz y de los derechos vitales en la que reside la razón social de la democracia constitucional (T12.117, T12.163-T12.166).

Pues bien, el conjunto de estas normas sustantivas, sean derechos primarios o derechos secundarios, circunscribe, gracias a su constitucionalización, la que en los §§ 11.18, 12.1 y 12.6 he llamado la «*esfera de lo indecidible*»: la esfera de lo «*indecidible que*», es decir, de lo que no está permitido (o está prohibido) decidir, determinada por el conjunto de los *derechos individuales* que excluyen, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan dañarlos o reducirlos; y la esfera de lo «*indecidible que no*», es decir, de lo que no está permitido no (o es obligatorio) decidir, determinada por el conjunto de los *derechos sociales* que imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones idóneas para satisfacerlos. Sólo lo que está fuera de estos ámbitos es la «esfera de lo decidible», dentro de la cual es legítimo el ejercicio de los derechos secundarios, instrumentales o de autonomía: de la autonomía política, habitualmente mediada por la representación política, en la producción de las decisiones legislativas y de gobierno; y de la autonomía privada, como se desarrolla sobre todo en los intercambios de mercado, en la producción de las decisiones privadas. Precisamente, los *derechos políticos* son los poderes sobre los que se fundamenta la *democracia política* (T12.113, D12.36): entendiendo con esta expresión un sistema dentro del cual las decisiones políticas vienen producidas o controladas por la voluntad de la mayoría expresada por los ciudadanos, directamente o a través de representantes, en las formas del sufragio universal. Los *derechos civiles* son en cambio los poderes sobre los que se fundamenta

la *democracia civil* (T12.116, D12.37), esto es, la autodeterminación de las personas en sus relaciones privadas: de las decisiones sobre los bienes que adquirir o que producir a las decisiones sobre las actividades laborales o profesionales que desarrollar, los estudios que emprender o la persona con la que casarse y similares.

Principio de mayoría y libertad de empresa, discrecionalidad pública y disponibilidad privada, autodeterminación política y autodeterminación privada, derechos políticos y derechos civiles son, en suma, las reglas que presiden la esfera de lo decidible. Pero encuentran límites y vínculos insuperables en la esfera de lo indecidible, de grado superior a la primera a causa del desnivel que siempre existe entre las normas constitucionales que formulan el conjunto de los derechos y aquellas, legislativas o negociales, producidas por su ejercicio (T12.125-T12.132). En este sentido, garantizar un derecho primario quiere decir sustraerlo (o imponerlo) tanto al mercado como a la mayoría, estableciendo prohibiciones u obligaciones a uno y/o a otra y supraordenándolo así a las formas de la democracia formal, tanto civil como política. Precisamente, las libertades fundamentales, en cuanto expectativas negativas, imponen a los poderes, tanto públicos como privados, límites negativos, esto es, prohibiciones de su lesión: los derechos sociales, en cuanto expectativas positivas, imponen a los mismos poderes vínculos positivos, esto es, obligaciones de prestaciones dirigidas a satisfacerlos.

Las cuatro clases de derechos fundamentales distinguidas en nuestra tercera y más importante tipología, obtenida en el § 11.5 por la conjunción de las otras dos —de un lado, los derechos políticos y los derechos civiles, del otro, los derechos de libertad y los derechos sociales (T11.73)—, se configuran consiguientemente como los parámetros sobre cuya base pueden ser ulteriormente articuladas las dos dimensiones, formal y sustancial, de la democracia constitucional distinguidas en el parágrafo precedente. Precisamente, los derechos políticos y los derechos civiles, cuya suma equivale a la clase de los derechos secundarios o instrumentales (T11.46), asegurando otras tantas esferas de autonomía, unos en la vida pública y otros en la vida privada, sirven para fundamentar la legitimidad de la forma de las decisiones, y por ello la *dimensión formal* de la democracia, respectivamente en el campo de la política y en el de la economía. A su vez, los derechos de libertad y los derechos sociales, cuya suma equivale a la clase de los derechos primarios o sustanciales (T11.74), en referencia a lo que le está prohibido o le es obligatorio decidir a la autonomía tanto política como privada, sirven para fundamentar la legitimidad de la sustancia de las decisiones, y por ello la *dimensión sustancial* de la democracia, una en negativo en la esfera del estado liberal (mínimo) y la otra en positivo en la esfera del estado social (máximo).

De ahí resulta un modelo cuatridimensional de la democracia constitucional, articulado en cuatro dimensiones que corresponden respectivamente a los cuatros tipos de derechos antedichos: los derechos políti-

cos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales. En paralelo a la distinción de los derechos secundarios en políticos y civiles, distinguiremos en efecto dos formas de la *democracia formal*: la *democracia política* (D12.36), que se fundamenta en el ejercicio de los derechos políticos, y la *democracia civil* (D12.37), que se fundamenta en el ejercicio de los derechos civiles. En paralelo a la distinción de los derechos primarios en derechos de libertad y derechos sociales, distinguiremos, de nuevo, dos contenidos de la *democracia sustancial*: la *democracia liberal* (D12.38), fundamentada en el respeto de los derechos individuales de libertad y de autonomía, y la *democracia social* (D12.39), fundamentada en la satisfacción de los derechos sociales. Y podremos, pues, representar dimensiones, formas y contenidos de la democracia constitucional, declinados en los correspondientes tipos de derechos fundamentales, mediante el siguiente cuadro:

Democracia Estado de derecho Derechos fundamentales	Estado liberal de derecho	Estado social de derecho
Democracia formal Estado legislativo de derecho Derechos secundarios	Democracia política Derechos políticos Autonomía política	Democracia civil Derechos civiles Autonomía privada
Democracia sustancial Estado constitucional de derecho Derechos primarios	Democracia liberal (Liberal-democracia) Derechos de libertad	Democracia social (Social-democracia) Derechos sociales

Estas cuatro dimensiones de la democracia constitucional no son homogéneas. De ellas, lo he dicho ya en el § 12.18, la política es en todo caso necesaria para hablar de democracia *tout court* (T12.187). Pueden darse democracias carentes de distintos modos de la dimensión civil, de la liberal o de la social. Pero no tendría sentido llamar «democracia» a un sistema que careciese de la dimensión política. Las cuatro democracias, según las definiciones que de ellas hemos dado al final de la tercera parte, se distinguen según los cuatro tipos de derechos en los que son declinadas. Mientras que la democracia política es cualquier institución cuya norma de reconocimiento sea la atribución de derechos políticos (D12.36, T12.188), la democracia civil es cualquier democracia política cuya norma de reconocimiento sea la atribución de los derechos civiles (D12.37, T12.189), la democracia liberal es cualquier democracia política cuya razón social sea la atribución de derechos de libertad (D12.38, T12.190) y la democracia social es cualquier democracia política cuya razón social sea la atribución de derechos sociales (D12.39, T12.191). En suma, tanto la democracia civil como la liberal y la social presuponen la democracia política pero no a la inversa (T12.187).

Las cuatro dimensiones son en cambio todas ellas necesarias para identificar a la «*democracia constitucional*» (T12.184), en la que la dis-

ponibilidad no sólo de los derechos políticos y del método democrático sino de todo el conjunto de los derechos y los demás principios constitucionales está sustraída a cualquier poder, sea público o privado. Este modelo normativo, se recordará, ha sido definido (D12.22) no sólo con relación a sus normas de reconocimiento, empezando por las relativas a la representación en la esfera pública y a la autodeterminación en la esfera privada (T12.113-T12.116), sino también a su razón social, consistente en la garantía de la paz y los derechos fundamentales estipulados como vitales (T12.117, T12.163-T12.167). Pero esto equivale a afirmar que dicho modelo resulta satisfecho por la conjunción de las cuatro dimensiones antes distinguidas: la política, la civil, la liberal y la social.

El nexo aquí establecido entre democracia y derecho se precisa así como nexo entre (dimensiones de la) democracia y (tipos de) derechos fundamentales. Es inconcebible una democracia sin derechos fundamentales. Al menos serán necesarios los derechos secundarios políticos, sin los cuales, se ha dicho, no cabe hablar de «democracia» en ningún sentido. Por otra parte, una democracia sin derechos primarios, en la que los derechos secundarios de la mayoría y/o del mercado fueran ilimitados y por ello omnipotentes, sería una democracia virtualmente totalitaria, en constante peligro de disolución. La correlación entre democracia y derechos permite en cambio hablar de «grado» de desarrollo y de efectividad de toda democracia en relación con la cantidad y la calidad de los derechos fundamentales en ella incorporados y, sobre todo, con la efectividad de sus garantías, tanto primarias como secundarias.

Obsérvese que he hablado de «dimensiones», de «formas» y de «contenidos» —y en su momento hablaré de «niveles» en relación con el carácter estatal, infraestatal o supraestatal de los ordenamientos— y no de «tipos» de democracia: de dos dimensiones, la formal y la sustancial, articulada la primera en las dos formas de la democracia política y la civil y la segunda conforme a los contenidos de la democracia liberal y de la social. Se trata de dimensiones independientes entre sí, en el sentido de que en abstracto una puede subsistir sin la otra, salvo por el hecho de que en ausencia de la dimensión política podremos hablar de «estado de derecho» pero no de «democracia». Y sin embargo, como se verá mejor en el § 13.13, estas dimensiones son complementarias entre sí, en el sentido de que se refuerzan recíprocamente. Y esto vale para excluir oposiciones radicales como las tradicionalmente establecidas entre *democracia política* y *liberalismo*, o entre *liberalismo* y *socialismo* e incluso entre *capitalismo* y *socialismo*.

Estas clásicas figuras corresponden, a grandes rasgos, a las cuatro dimensiones —política, liberal, civil y social— de la democracia que aquí he conectado a otros tantos tipos de derechos. La correspondencia es evidente por cuanto se refiere a la democracia política y a la liberal, basada una en el sufragio universal y la otra en la garantía de los derechos de libertad. Pero vale también para la democracia civil y la democracia social, pudiéndose bien caracterizar al «capitalismo» como un modo de

producción y de intercambio basado en la autonomía privada y al «socialismo» como un sistema de garantía de los derechos sociales. Se trata, naturalmente, de caracterizaciones más bien reductivas que recogen sólo el aspecto jurídico de estas figuras e ignoran su espesor histórico y político. Pero es lícito destacar que el aparente conflicto o, peor, la pretendida incompatibilidad entre nuestras cuatro democracias se deben principalmente al hecho de que cada una de ellas ha sido propuesta y propugnada como *la* (verdadera) democracia, con exclusión de todas o alguna de las otras; y que, por otro lado, las palabras «democracia», «liberalismo», «capitalismo» y «socialismo», desvinculadas de las correspondientes clases de derechos fundamentales, designan sistemas genéricos de valores aptos para degenerar, como la experiencia enseña, en formas absolutistas, disciplinarias o descontroladas y en todo caso para proponerse y contraponerse enfáticamente uno como alternativa del otro. Sólo anclando estas distintas figuras en otros tantos tipos de derechos es posible identificar sus distintas técnicas de garantía y las diversas formas de cumplimento. Se verá entonces, en los próximos capítulos, que así como entre los derechos secundarios y los derechos primarios no existe conflicto, sino subordinación del ejercicio de los primeros a los segundos, análogamente las relaciones entre democracia política y capitalismo, de un lado, y entre liberalismo y socialismo, del otro, no se plantean en términos de conflicto, sino de límites y vínculos impuestos por la dimensión liberal (esto es, por la liberal-democracia) y por la social (esto es, por la social-democracia), tanto a la dimensión política como a la civil de la democracia, impidiendo así su degeneración en sistemas de poder absolutos y salvajes. Por consiguiente, el área de los conflictos se verá reducida a la de los posibles contrastes entre derechos políticos y derechos civiles, esto es, entre Estado y mercado, entre desarrollo de la esfera pública y desarrollo de las esferas privadas y, por otra parte, entre derechos de libertad, allí donde no estén claramente formulados los límites de cada uno de ellos, y, en cuanto a la medida de su satisfacción, entre los derechos sociales. Pero las relaciones entre estas dos últimas clases de derechos, unos y otros primarios, resultarán en realidad mucho más de sinergia que de conflicto, en el sentido de que las garantías de unos sirven para reforzar las de los demás.

13.5. *Los fundamentos de la democracia. Legitimación formal y legitimación sustancial. Forma y sustancia*

Nuestra distinción de la democracia entre «dimensión formal» y «dimensión sustancial» reproduce una dicotomía que ha atravesado toda la teoría del derecho hasta aquí desarrollada: entre signo y significado y, además, entre causa y efecto, entre forma y sustancia, entre fuentes y normas, entre medios y fines, entre validez formal y validez sustancial, entre normas formales y normas sustantivas, entre nomodinámica y no-

moestática, entre funciones de gobierno y funciones de garantía, entre normas de reconocimiento y razón social de cualquier institución. Signos, formas, fuentes, medios, validez formal, normas formales y normas de reconocimiento se refieren a los actos, esto es, a las causas de la dinámica jurídica. Significados, sustancia, normas, fines, validez sustancial, normas sustantivas y razón social se refieren a los efectos o, si se quiere, a los contenidos estáticos producidos por la misma dinámica. Se trata de las dos caras de la misma moneda: de dos dimensiones, antes incluso que de la democracia, de toda la fenomenología del derecho positivo. Pero son diferentes sus fundamentos de legitimación democrática. La dimensión formal y nomodinámica de la democracia se basa en aquellos derechos fundamentales que he llamado derechos secundarios: los derechos políticos en la esfera pública, los derechos privados en la esfera privada. En cambio, la dimensión sustancial y nomoestática lo hace en aquellos derechos fundamentales que he llamado derechos primarios: por un lado, los derechos de libertad, por el otro, los derechos sociales.

Podemos, pues, identificar con los derechos constitucionalmente establecidos los «fundamentos» constitucionales de la democracia: con los derechos fundamentales secundarios los fundamentos de la democracia formal y con los derechos fundamentales primarios los fundamentos de la democracia sustancial. En efecto, los derechos secundarios designan los poderes a través de cuyo ejercicio se fundamenta y activa un sistema democrático. Los derechos primarios designan en cambio las finalidades en las que se sustenta. Son, pues, diferentes las fuentes de legitimación democrática aseguradas por ellos: la legitimación formal ofrecida por los derechos secundarios, relativa a las formas, y la legitimación sustancial ofrecida por los primarios, relativa a los significados que pueden o deben ser expresados en aquellas formas.

La *legitimación formal* se refiere a los sujetos y procedimientos de la actividad de producción jurídica. Los problemas planteados por este tipo de legitimación son dos: ¿*quién* está legitimado para actuar, esto es, para realizar los actos jurídicos productivos de efectos prescriptivos? ¿Cuáles son, en consecuencia, las *formas*, y por tanto, las normas de reconocimiento que permiten reconocer mejor en tales actos la voluntad, y por eso el poder, del sujeto legitimado para ellos? Es claro que en democracia lo que legitima tal poder y los actos mediante los que se ejerce es la *autonomía*, esto es, la máxima identidad posible, asegurada por los *derechos secundarios*, entre los sujetos que deciden y los que son los destinatarios de las decisiones: una identidad efectva en la esfera privada, donde está asegurada por los *derechos civiles* o de autonomía privada y por la forma negocial de los actos mediante los que se ejerce; una identidad convencionalmente presumida en la esfera política, donde está asegurada por los *derechos políticos* o de autonomía política y, por ello, por la forma representativa y mayoritaria de los órganos y las actividades de gobierno.

La *legitimación sustancial* se refiere en cambio a los límites y los vínculos impuestos a los contenidos de la producción jurídica. Los pro-

blemas por ella suscitados son a su vez dos: *qué no puede* y *qué no puede dejar de* ser decidido, para tutela de todos, aun en las formas legítimas de autodeterminación de la democracia formal. Dentro del paradigma de la democracia constitucional, los *límites fundamentales* impuestos a la autonomía, tanto privada como pública, como condiciones de la que llamaré *legitimación sustancial negativa*, son las prohibiciones exigidas para la garantía de los derechos individuales de libertad y de autonomía (D11.24): cuyo ejercicio por parte de cada uno, según el clásico principio liberal formulado por Kant, debe poder convivir (esto es, no interferir) con los iguales derechos de autonomía y de libertad de los demás[24]. Los *vínculos fundamentales*, igualmente impuestos a la autonomía como condiciones de la que llamaré *legitimación sustancial positiva*, son en cambio las obligaciones exigidas para la garantía de los derechos sociales (D11.25): los cuales imponen prestaciones positivas a cargo de la esfera pública idóneas para satisfacer las necesidades vitales y los niveles mínimos de igualdad, a su vez esenciales para la supervivencia y la propia práctica de los derechos de libertad y de autonomía.

En estos temas, la cultura jurídica y politológica ha oscilado siempre entre la tendencia a privilegiar las formas y la tendencia a dar valor a la sustancia de la democracia; mientras que el paradigma de la democracia constitucional comporta la garantía de sus dos dimensiones formales, la política y la civil, pero también la sujeción de las mismas a límites y vínculos jurídicos en garantía de sus dimensiones sustanciales, tanto liberales como sociales. No se trata de un compromiso. La legitimación formal está en la base de los derechos-poder de autodeterminación privada y, a través de la representación, de las funciones y las instituciones de gobierno. La sustancial está en la base de las funciones y las instituciones de garantía. Como he mostrado en el § 11.4, en efecto, los derechos de autonomía, tanto civiles como políticos, son derechos-poder (T11.68) cuyo ejercicio, como el de todos los poderes no constituyentes, está sometido, en el estado de derecho, a normas no sólo formales sino también sustanciales (T10.31-T10.32). Precisamente, el poder negocial, expresión directa de la autonomía civil, está sometido a la ley, mientras que el poder legislativo, expresión indirecta de la autonomía política, está sometido a la constitución a causa de la subordinación en grado a uno y otro de las normas y situaciones producidas por su ejercicio. Por esto, como he aludido en el § 11.6 y después al final del parágrafo anterior, el ejercicio de los derechos de autonomía no está en relación de conflicto sino de subordinación con los derechos fundamentales constitucionalmente conferidos, a los que no puede derogar so pena de invalidez (T12.133-T12.134). Obviamente, como se ha dicho y veremos mejor en el § 13.14, pueden darse conflictos entre derechos de libertad, allí donde no estén claramente establecidos sus límites, y entre los diferentes tipos de derechos sociales. Pero no tiene sentido hablar de conflicto entre derechos primarios y derechos secundarios, al estar subordinado a aquéllos el ejercicio de éstos. En cuanto a los derechos primarios, de

libertad y sociales, como mostraré en el § 13.3, más que entrar en conflicto, se integran y se refuerzan recíprocamente. El debilitamiento de los primeros —de las libertades fundamentales y de los derechos sociales— es siempre, como la experiencia enseña, un factor de crisis también de la democracia formal, esto es, de la efectividad de los derechos civiles y políticos. A la inversa, los derechos primarios no son nunca beneficios otorgados graciosamente, sino siempre el efecto de luchas tanto más eficaces cuanto más efectivos son los derechos secundarios y por ello las formas de la democracia política.

A partir de estas consideraciones se comprenden todavía mejor, conforme a ello, la distinta naturaleza y la diferente fenomenología de las fuentes de legitimación que se exigen para los distintos tipos de poder. Una legitimación formal de tipo democrático-representativo, como se dijo en los §§ 12.6 y 12.7, es esencial para todas las *funciones de gobierno*, cuya legitimación sustancial, al igual que la de los actos de autonomía privada, es solamente *negativa*, al consistir en el simple *respeto* de los (o en la coherencia con los) principios y derechos fundamentales establecidos en las normas constitucionales (D12.11). Estos principios y derechos, aun estando estipulados como fines o razones sociales de la democracia constitucional, no agotan en realidad los fines de la producción jurídica y menos aún predeterminan sus medios, que quedan en amplia medida indeterminados, sino que simplemente sirven para condicionar su libre autodeterminación, en otro caso absoluta, excluyendo algunos de tales medios, como la lesión de las libertades fundamentales, e imponiendo otros, como la satisfacción de los derechos sociales.

No se exige en cambio una legitimación formal de tipo democrático, sino solamente legal, a las *funciones de garantía*. Pero esto porque para estas funciones se exige una legitimación sustancial *positiva* mucho más rígida, consistente en la *aplicación sustancial* a (o en la subsunción de) cuanto se haya comprobado en violación de los derechos garantizados (D12.12): piénsese en la jurisdicción, pero también en el ejercicio de las funciones administrativas de garantía, cuya legitimación proviene de la comprobación de la «verdad» en orden a sus presupuestos preestablecidos por la ley. Es en esta diversidad de las fuentes de legitimación, según se ha dicho en el capítulo XII y se verá todavía en el próximo capítulo, en la que se fundamenta el principio de la separación de las funciones y las instituciones de garantía respecto de las de gobierno y de su independencia, tanto externa como interna.

Añado que de las dos dimensiones, fundamentos o fuentes de legitimación de la democracia, la sustancial es la más difícilmente realizable, al ser más difícil y en todo caso siempre imperfecta la realización de los derechos primarios en la que ella se basa. La efectividad de los derechos secundarios —aparte de las deformaciones y los condicionamientos a los que, como veremos en el próximo capítulo, está sujeta la mediación representativa de los derechos políticos— está asegurada, justo en el plano formal, por su ejercicio en las formas previstas. Una compraventa de un

inmueble carente de forma escrita o una ley no aprobada por la mayoría de los miembros del parlamento simplemente carecen de los requisitos empíricos que les permiten tener existencia. Por el contrario, los derechos primarios —los de libertad y, sobre todo, los sociales— equivalen a principios cuya realización es inevitablemente incompleta y cuya efectividad es siempre una cuestión de grado, confiada a complejas funciones e instituciones de garantía. En suma, mientras los derechos secundarios son realizados mediante su ejercicio por obra de sus titulares, los derechos sustanciales, más allá de su fácil enunciación normativa, expresan valores y objetivos límite que han de ser satisfechos en la mayor medida posible por la esfera pública pero de los que es imposible una realización plena. Por consiguiente, mientras que la democracia formal es tendencialmente realizable, a través de la taxatividad de las normas formales que regulan el ejercicio de los derechos secundarios, no puede decirse otro tanto de la democracia sustancial. Y mientras que se puede conseguir alguna certeza (sobre la observancia) de las normas formales y, por tanto, sobre el grado de efectividad de la democracia formal, es mucho más improbable y opinable la certeza (sobre la observancia) de las normas sustanciales y, por tanto, sobre el grado de efectividad de la democracia sustancial.

Ha de destacarse, en fin, la relatividad de la distinción entre «forma» y «sustancia» como dimensiones, antes todavía que de la democracia constitucional, de cualquier fenómeno normativo. Las formas, en efecto, son establecidas obligatoriamente por normas formales (T9.105), de las cuales son sin embargo su específica sustancia o contenido normativo. De ahí se sigue que cuando son violadas se transforman en «sustancias» o «contenidos». Ya he hablado de esta metamorfosis en el § 12.8: las normas formales, cuando son violadas (o, mejor, cuando su violación es impugnada), aparecen destacadas como normas sustanciales sobre la producción de las sentencias que se dictan sobre su violación (T12.76). Tómese por ejemplo una ley ordinaria que viole el principio constitucional de la independencia de los jueces y por ello de la separación de poderes; o una sentencia dictada con falta de competencia; o, más aún, una compraventa de un inmueble no estipulada en forma escrita. Separación de poderes, normas sobre la competencia y normas sobre la forma escrita de las compraventas de inmuebles son, evidentemente, normas formales, que afectan a los requisitos de forma de los actos mencionados cuya producción regulan. Pero en el momento jurisdiccional estas mismas normas operan, en cuanto a la comprobación de su violación, como normas sustanciales que exigen una aplicación ciertamente no formal, sino sustancial en el sentido definido por la D9.37. Más en general, como mostramos, en el acto de la aplicación jurisdiccional todas las normas primarias aparecen como normas sustanciales sobre su producción (T12.74): tanto si su inobservancia consiste en un acto ilícito, como en el caso de las normas penales, cuanto si consiste en un acto inválido (T12.75).

Esta relatividad de la distinción entre forma y sustancia, entre normas formales y normas sustanciales, vale también para la distinción en-

tre la dimensión formal y la dimensión sustancial de la democracia. Podemos afirmar, en efecto, que también la dimensión formal opera como un límite sustancial a sí misma. Y podemos por eso repetir cuanto escribió Kelsen, que sin embargo ha estado entre los mayores sostenedores de una concepción puramente formal de la democracia: «Como método o procedimiento, la democracia es una 'forma' de gobierno. El procedimiento a través del cual se crea y se impone en la práctica un ordenamiento social es considerado formal distinguiéndolo así del contenido del ordenamiento como elemento material o sustancial. Sin embargo, aunque la democracia es sobre todo una forma, de Estado o de gobierno, debe tenerse presente que la contraposición entre forma y sustancia o entre forma y contenido es meramente relativa, y que una misma cosa puede parecer, desde un punto de vista, como forma y como contenido o sustancia desde otro»[25]. Los dos diferentes puntos de vista son evidentemente los aquí ilustrados: «una misma cosa» —por ejemplo, la separación de poderes, la capacidad de actuar de todos los mayores de edad, el derecho de voto o el principio de mayoría— es «forma» desde el punto de vista de las normas formales sobre la producción, respectivamente, de los actos jurisdiccionales, de los contratos y de las elecciones políticas; pero es «sustancia» si se considera como límite, precisamente sustancial o de contenido, a la actividad legislativa y por ello desde el punto de vista de la comprobación de su posible violación.

13.6. *Tres paradigmas del derecho: derecho jurisprudencial, estado legislativo y estado constitucional de derecho. De la teoría política a la teoría jurídica de la democracia*

Las dos dimensiones aquí distinguidas de la democracia, la formal y la sustancial, corresponden en gran parte a los dos significados o modelos de estado de derecho que he distinguido en los §§ 9.1, 9.17 y 12.1: el estado legislativo de derecho (o estado de derecho en sentido débil) y el estado constitucional de derecho (o estado de derecho en sentido fuerte). Digo «en parte» porque el estado de derecho bien puede ser no «democrático» por defecto de la dimensión política de la democracia, sin la cual no puede hablarse de «democracia», aun teniendo la dimensión civil de ella, la liberal e incluso la social. Pero, aparte de esto, los dos modelos de estado de derecho a su tiempo distinguidos se refieren uno a la dimensión formal (o simple) y el otro a la dimensión sustancial (o estricta) del principio de legalidad y por ello de la validez y, además, de la democracia.

Es, pues, posible conectar estos dos modelos, significados o dimensiones tanto del estado de derecho como de la democracia a dos distintas experiencias históricas, ambas desarrolladas en el continente europeo y fruto cada una de una mutación de paradigma en las condiciones de existencia y de validez de las normas jurídicas: el modelo paleo-iusposi-

tivista, que podemos precisamente llamar *estado legislativo de derecho* (o *estado legal*), producido con el nacimiento del Estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho vigente, y el modelo neo-iuspositivista, que llamamos en cambio *estado constitucional de derecho* (o *estado constitucional*), producto a su vez de la difusión en Europa, justo tras la segunda guerra mundial, tanto de las constituciones rígidas como normas de reconocimiento del derecho válido como del control de constitucionalidad sobre las leyes ordinarias. Por consiguiente, se puede distinguir, como ya se dijo en el § 12.1, entre paradigmas históricos, además de teóricos, de derecho —el derecho premoderno, el derecho del estado legislativo y el del estado constitucional de derecho—, caracterizados por una creciente complejidad de las normas sobre la producción jurídica.

En el derecho premoderno, de formación no legislativa sino jurisprudencial y doctrinal, no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y de ordenamientos que procedían de instituciones diferentes y concurrentes —el Imperio, la Iglesia, los principados, las ciudades, las corporaciones—, ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica. El derecho «común» estaba por eso asegurado por el desarrollo y la actualización de la vieja tradición romanista, esto es, por elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales cuya validez dependía, obviamente, no ya de la forma de su producción, sino de la racionalidad intrínseca o justicia de sus contenidos[26]. «No es ley lo que es contrario a la razón» es la fórmula con la que el jurista, en el célebre *Diálogo entre un filósofo y un estudioso del derecho común de Inglaterra*, expresa, en polémica con el filósofo, el fundamento iusnaturalista de la validez del derecho premoderno[27]. Entonces tenía razón el jurista. Con aparente paradoja, en efecto, el iusnaturalismo era la teoría del derecho premoderno: entonces el positivismo jurídico expresado por la opuesta tesis hobbesiana correspondía a la instancia axiológica de la refundamentación del derecho en el principio de legalidad como su metanorma de reconocimiento y garantía de certeza y de libertad contra la arbitrariedad.

El estado de derecho nace, en la forma del *estado legislativo de derecho*, cuando esta exigencia se realiza en la historia, justo con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y previamente existente con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su realización, una norma jurídica es válida no por ser justa sino sólo por estar «puesta» por una autoridad dotada de competencia normativa. Se comprende el extraordinario alcance de la revolución generada con la afirmación de este principio y del consiguiente monopolio estatal de la producción jurídica. Respecto de la experiencia jurídica premoderna, esta primera mutación de paradigma se manifiesta en cuatro cambios, todos conectados a la fundamentación puramente iuspositivista del derecho: *a*) en la naturaleza y la estructura del derecho, *b*) en la naturaleza

y el papel de la jurisdicción, *c*) en la naturaleza y el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, y *d*) en la naturaleza y el papel de la filosofía política.

El primer cambio se refiere a las condiciones de existencia y de validez de las normas jurídicas. Se trata de un cambio que atañe mucho más a la forma que al contenido de las normas. Si comparamos el Código Civil de Napoleón o el Código Civil italiano con las *Institutiones* de Gayo, las diferencias sustanciales pueden parecer bastante menores que las analogías. Lo que muta es la norma de reconocimiento (D8.13) y el título de legitimación: ya no el prestigio de los doctores, sino la autoridad de la fuente de producción; ya no la verdad, sino la legalidad; ya no la sustancia, esto es, la justicia intrínseca (T8.97), sino la forma, preestablecida por normas deónticas, de los actos normativos (T8.98). *Auctoritas, non veritas facit legem*[28]: éste es el principio convencionalista del positivismo jurídico expresado por Hobbes, en alternativa a la fórmula contraria que expresa el principio opuesto, ético-cognoscitivista, del iusnaturalismo. Es «derecho» no lo que es justo o razonable según la vieja concepción iusnaturalista, sino lo que está establecido por la ley.

De ahí un segundo cambio que atañe a la jurisdicción, la cual deja de ser producción jurisprudencial del derecho y viene sometida a la ley y al principio de legalidad como sus únicas fuentes de legitimación. De ello deriva el carácter tendencialmente cognoscitivo del juicio. Precisamente el hecho de que la ley está preestablecida convencionalmente por una autoridad vale en efecto para transformar el juicio en comprobación de lo que está preestablecido por la ley según el principio, simétrico y opuesto al hobbesiano, *veritas non auctoritas facit iudicium*[29]. Y vale, pues, para fundamentar todo el conjunto de las garantías: de la certeza del derecho a la igualdad ante la ley y a la libertad contra la arbitrariedad, del principio de taxatividad de las normas penales a la independencia del juez, de la carga de la prueba para quien acusa a los derechos de la defensa.

De ahí se sigue un tercer y análogo cambio, que se refiere a la ciencia jurídica. En la experiencia premoderna la ciencia jurídica, al no estar «puesto» el derecho como su objeto sino transmitido por la tradición y al ser constantemente reelaborado por la sabiduría de los doctores, era inmediatamente normativa y se identificaba de hecho con el derecho mismo. Por el contrario, con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente, la ciencia jurídica deja de ser una ciencia inmediatamente normativa para convertirse en una disciplina tendencialmente cognoscitiva, explicativa de un objeto, el derecho positivo, autónomo y separado de ella. Más allá de las semejanzas de contenido, nuestros manuales de derecho privado difieren de los tratados de la edad premoderna porque no son ya discursos inmediatamente normativos, sino interpretaciones, comentarios o explicaciones del código y de las demás leyes civiles, sólo sobre cuya base, más allá de las inevitables y siempre opinables elecciones interpretativas, son argumentables y sostenibles. De aquí la afirmación del método técnico-

jurídico en la ciencia del derecho: la cual se propone como interpretación, comentario o explicación del derecho positivo vigente cualquiera que sean sus fundamentos axiológicos o políticos.

De ahí se deriva un cuarto cambio, que se manifiesta en el divorcio entre ciencia jurídica y filosofía política del que he hablado en el § 8 de la Introducción. Es un divorcio que en Italia viene solemne y abiertamente declarado, entre el fin del siglo XIX y el comienzo del XX, en las lecciones inaugurales de los grandes maestros, que desterraron toda reflexión filosófica sobre los fundamentos axiológicos y racionales del derecho y promovieron, en nombre de la «autonomía» y de la «cientificidad» de las disciplinas jurídicas, su aislamiento y su autorreferencialidad epistemológica[30]. La objetivación del derecho positivo como sistema de normas que recibe existencia y legitimación jurídica únicamente de sus fuentes de producción comporta en efecto, en el plano metodológico, la total autonomización de la ciencia del derecho respecto de la filosofía política. En aparente paradoja, en el momento mismo en que la filosofía iusnaturalista y racionalista, desarrollada desde Hobbes en adelante conforme a la doctrina del contrato social y de los derechos naturales, realiza, con el nacimiento del Estado moderno, el proyecto jurídico de la afirmación del principio de legalidad como norma exclusiva de reconocimiento del derecho existente, precisamente es ese principio el que decreta su expulsión del horizonte científico del jurista. Y, lo que es más grave, con la afirmación del método técnico-jurídico, la ciencia jurídica termina a la vez por abandonar todo punto de vista crítico externo de tipo axiológico y proyectivo. Ciertamente, la existencia de límites a la soberanía popular y a los poderes públicos continúa siendo teorizada por la filosofía política liberal como rasgo característico del estado de derecho: «La soberanía del pueblo está circunscrita dentro de los confines que a ella le señalan la justicia y los derechos de los individuos», escribió Benjamin Constant, dado que «la voluntad de todo un pueblo no puede hacer justo lo que es injusto»[31]. Y Tocqueville: «La justicia forma, por tanto, el límite del derecho [a mandar] de cada pueblo» al ser expresión de la «soberanía del género humano»[32]. Pero precisamente con la afirmación del positivismo jurídico como enfoque metodológico y como teoría del derecho, estos límites y vínculos al derecho positivo vienen a configurarse como límites de tipo iusnaturalista y no iuspositivista, en referencia precisamente a la justicia y no a la validez de las normas, a su deber ser ético-político y no ya jurídico, en cuanto tal extraño a la reelaboración científica del derecho positivo[33].

Pues bien, la introducción de las constituciones rígidas en la segunda mitad del siglo pasado cambia nuevamente el paradigma del derecho. Si la primera mutación —del derecho común premoderno al derecho positivo del primer estado de derecho— se había expresado en la afirmación del principio de legalidad, y por tanto de la omnipotencia del legislador, esta segunda mutación se realiza en el siglo pasado con la rígida subordinación de la ley misma, garantizada por una específica ju-

risdicción de legitimidad, a una ley superior: la constitución, jerárquicamente supraordenada a la legislación ordinaria. De ahí se derivan cuatro nuevas alteraciones del modelo del estado legislativo de derecho, en los mismos planos en los que éste había alterado el derecho jurisprudencial premoderno: *a*) en el plano de la naturaleza y la estructura del derecho, del que vienen positivizadas no sólo las normas sino también las decisiones constitucionales a las que deben conformarse; *b*) en el plano de su aplicación jurisdiccional, que resulta sometida a la ley sólo si ésta es considerada constitucionalmente válida por el juez; *c*) en el plano de la ciencia jurídica, que viene por ello investida de un papel no ya simplemente descriptivo, sino también crítico y proyectivo respecto de su mismo objeto; *d*) en el plano, en fin, de la estructura de la democracia y de la teoría, no ya puramente política sino inmediatamente jurídica, del estado democrático de derecho.

La primera alteración afecta a la teoría de la validez. En el *estado constitucional de derecho*, dotado de una constitución rígida por estar en el vértice de la jerarquía de las fuentes (D12.22, T12.89), las leyes están sometidas no sólo a normas formales sobre la formación sino también a normas sustanciales sobre el significado. En efecto, no se admiten como válidas normas legales cuyo significado esté en contraste con normas constitucionales. La existencia o la vigencia de las normas, que en el paradigma paleo-positivista se habían disociado de la justicia, se disocian ahora también de la validez sustancial, siendo posible que una norma formalmente válida y por tanto vigente sea sustancialmente inválida por contraste de su contenido con normas constitucionales sustantivas, como, por ejemplo, el principio de igualdad o los derechos fundamentales. Precisamente, mientras que la norma de reconocimiento de la vigencia sigue siendo el viejo principio de legalidad, que afecta únicamente a la *forma* de la producción normativa y que por eso he llamado *principio de legalidad formal* o de *mera legalidad*, la norma de reconocimiento de la *validez* se hace más compleja, al estar integrada por lo que he llamado *principio de legalidad sustancial* o de *estricta legalidad* dado que vincula también la *sustancia*, esto es, los significados de las normas producidas, a la coherencia con los principios y los derechos establecidos por la constitución.

Cambia consiguientemente la naturaleza y el papel de la jurisdicción. La incorporación a nivel constitucional de principios y derechos fundamentales y, por ello, la posible existencia de normas inválidas por estar en contraste con ellas, mutan en efecto la relación entre el juez y la ley: que no es ya, como en el viejo paradigma, sujeción acrítica e incondicionada a la ley, cualquiera que sea su contenido, sino sujeción ante todo a la constitución, y por tanto a la ley sólo si es constitucionalmente válida. De tal modo, la interpretación y la aplicación de la ley son también, siempre, un juicio sobre la ley misma, que el juez tiene el deber de censurar como inválida por inconstitucional cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional.

Cambia, en tercer lugar, el paradigma epistemológico de la ciencia jurídica. En la medida en que sirve para mutar las condiciones de la validez, esta mutación impone en efecto a la ciencia jurídica una función no ya meramente explicativa y avalorativa, sino también crítica y proyectiva. En el viejo paradigma del estado legislativo de derecho la crítica y la proyección del derecho vigente eran posibles solamente desde afuera —en el plano ético o político, o simplemente de la oportunidad o la razonabilidad—, no habiendo allí espacio para vicios jurídicos de sustancia internos a la legislación: ni para las antinomias generadas por incoherencia entre normas, al valer en todo caso la ley especial o posteriormente dictada, ni para las lagunas generadas por falta de plenitud, al no ser configurables incumplimientos legislativos de inexistentes vínculos constitucionales. A la inversa, dentro de un sistema normativo complejo como lo es el estado constitucional de derecho, que disciplina no sólo las formas de la producción jurídica sino también los significados normativos producidos, incoherencia y falta de plenitud, antinomias y lagunas, son vicios conectados a los desniveles normativos en los que se articula su misma estructura formal. Es claro que estos vicios, no sólo posibles sino en alguna medida inevitables, retroactúan sobre la ciencia del derecho, confiriéndole el papel, científico y a la vez político, de comprobarlos desde dentro, esto es, conforme al derecho mismo, y de proponer sus necesarias correcciones: y precisamente, de comprobar las antinomias y las lagunas generadas respectivamente por la presencia de normas que violan los derechos de libertad y por la ausencia de normas que satisfagan los derechos sociales y, consiguientemente, de solicitar la anulación de las primeras por inválidas y la introducción de las segundas por debidas. En suma, el constitucionalismo tomado en serio, en cuanto proyección del derecho por parte del derecho mismo, confiere a la ciencia jurídica y la jurisprudencia una función y una dimensión pragmáticas desconocidas para la razón jurídica propia del viejo positivismo dogmático y formalista: la promoción de la superación de las antinomias a través de las garantías existentes y de las lagunas a través de la proyección de las garantías pendientes. Y atribuye por ello a la cultura y a la práctica jurídica una responsabilidad civil y política respecto del propio objeto, asignándoles la tarea, anteriormente ajena a ellas, de perseguir —mediante operaciones interpretativas, correcciones jurisdiccionales o integraciones legislativas, todas ellas dirigidas a asegurar efectividad a los principios constitucionales— su plenitud y coherencia interna: sin que por lo demás podamos hacernos ilusiones de que éstas puedan ser nunca plenamente realizadas.

Se ha producido, en fin, un cuarto cambio, al que he aludido en el § 8 de la Introducción y que afecta a las relaciones entre ciencia jurídica y filosofía política y al estatuto epistemológico de la teoría de la democracia. El constitucionalismo rígido, al positivar el deber ser del derecho en normas constitucionales sustantivas, cambia el estatuto de la doctrina de los límites de los poderes del Estado, permitiendo formularla no

ya como filosofía política sino como teoría jurídica del estado de derecho y de la democracia, justamente, constitucional: no ya como doctrina iusnaturalista exterior al derecho positivo y a la ciencia jurídica positiva, sino como teoría constitucional de los límites y los vínculos jurídicos internos impuestos a cualquier otro poder normativo por los derechos constitucionalmente establecidos. La filosofía política normativa mantiene, obviamente, su autónomo punto de vista axiológico externo. Pero su espacio viene en gran parte a identificarse con la teoría jurídica del constitucionalismo, al orientarse, por un lado, a la reflexión crítica sobre la divergencia entre deber ser constitucional y realidad positiva del derecho y, por el otro, a la proyección de las técnicas y las instituciones de garantía idóneas para eliminar las antinomias y las lagunas en las que aquella separación se manifiesta.

13.7. *Tres filosofías del derecho: ius-naturalismo, ius-positivismo, ius-constitucionalismo*

Los dos cambios de paradigma que se acaban de ilustrar son el efecto de dos cambios estructurales ocurridos en las normas de reconocimiento y, en consecuencia, en las reglas de formación del lenguaje jurídico.

El rasgo distintivo de los *ordenamientos premodernos*, como se dijo desde el § 8.10, es su carácter predominantemente nomoestático, generado por una norma de reconocimiento instauradora de tipo *iusnaturalista* e *inmediatamente sustantiva*, conforme a la cual una norma existe directamente por su contenido, porque se considera intrínsecamente justo, razonable o acreditado por precedentes, prácticas consuetudinarias o similares. Por el contrario, el rasgo específico del positivismo jurídico respecto del derecho premoderno, como se ha visto en el § 12.1, es justamente el carácter positivo y nomodinámico conferido al derecho por el que he llamado *principio de legalidad formal* o de *mera legalidad*, conforme al cual una norma existe y es válida únicamente por la forma legal de su producción, a su vez establecida por una norma deóntica positiva superior a ella. El rasgo específico del *constitucionalismo jurídico*[34] respecto de los sistemas jurídicos de tipo meramente legislativo, se ha añadido en fin, es a su vez una característica no menos estructural: la subordinación de las leyes mismas al derecho expresada por el que he llamado *principio de legalidad sustancial* o de *estricta legalidad*, conforme al cual una norma es válida, además de vigente, sólo si además sus contenidos no contrastan con los principios y los derechos fundamentales establecidos por la constitución. Es en estos vínculos de contenido impuestos por las normas sustantivas de la constitución donde hemos identificado la razón y los fundamentos, tanto liberales como sociales, del estado constitucional de derecho y de la democracia constitucional: el proyecto democrático, en adición a las formas y al método de la democracia.

Estos dos cambios no se han producido solamente por revoluciones políticas y por innovaciones jurídicas —el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica y luego, tras la experiencia de los fascismos, la introducción y la garantía de la rigidez de las constituciones—, sino también por procesos culturales tanto antecedentes como consecuentes a esos acontecimientos institucionales, esto es, por revoluciones teóricas que, incluso entre contrastes y resistencias, han cambiado la concepción del derecho en el imaginario de los juristas y en el sentido común. Así ocurrió con la primera gran revolución jurídica moderna, la producida con la afirmación del positivismo jurídico como modelo y al mismo tiempo como teoría del derecho en oposición al viejo derecho jurisprudencial premoderno. Anticipada en el plano de la filosofía política por las doctrinas contractualistas del derecho como «artificio», «invención» o «convención»[35], se afirmó en la cultura jurídica a través de un proceso arduo y en absoluto descontado. Baste pensar en la dura oposición a las codificaciones por parte de la escuela jurídica más importante del siglo XIX —la pandectística, informada por la idea del *Sistema del derecho romano actual*, según el significativo título de la obra del iniciador de la escuela, Friedrich von Savigny—, que reivindicó firmemente la autonomía del derecho respecto de la legislación y el papel inmediatamente constructivo y normativo de la ciencia jurídica.

Lo mismo podemos afirmar para el constitucionalismo. Sus premisas institucionales e incluso teóricas estaban en gran parte presentes mucho antes de que en las modernas constituciones europeas se consagrara y garantizara la rigidez a través de la introducción del control de constitucionalidad de las leyes. Estaba el ejemplo de la Constitución de los Estados Unidos, que desde el comienzo —desde el célebre juicio *Marbury vs. Madison* de 1803 sobre una ley en contraposición con ella— fue concebida como una constitución rígida garantizada por el control jurisdiccional del Tribunal Supremo[36]. Pero esta garantía, a cuya afirmación contribuyó no poco el hecho de que la constitución americana era el fruto de un tratado federal no derogable por el Congreso ni por cada uno de los distintos Estados, se manifiesta en la inaplicación caso por caso, y no en la anulación de las leyes consideradas inconstitucionales[37]. Además, en la mayor parte de los países europeos, había constituciones formalmente rígidas, dado que preveían procedimientos agravados para su modificación[38]. Pero ninguna de ellas, con la excepción de la Constitución austriaca de 1920[39], establecía una jurisdicción especial sobre la constitucionalidad de las leyes. Se puede sostener, como ha hecho justamente Alessandro Pace, la tesis de la «rigidez natural de las constituciones»[40], aunque carezcan, como nuestro Estatuto albertino, de normas sobre su revisión: lo cual nos parece hoy una tesis obvia, aquí estipulada en la primera parte de la definición D12.22, no sólo porque una constitución flexible, esto es, válidamente modificable mediante los procedimientos ordinarios, no es en realidad una constitución sino una ley ordinaria, la llamemos como la llamemos y aunque la esculpamos en mármol, sino

también porque, como se ha dicho en el § 13.3, al menos los derechos fundamentales establecidos en ella pertenecen a todos y no pueden ser reducidos o suprimidos por ninguna mayoría. Pero es un hecho que esta tesis fue sostenida en 1995 y no en 1925, cuando el fascismo hizo pedazos el Estatuto sin que entonces ningún jurista denunciara el golpe de Estado, y ni siquiera en los años cincuenta del siglo pasado, cuando la Corte de Casación italiana teorizó la naturaleza sólo programática de los principios constitucionales. Incluso en el plano teórico las premisas del constitucionalismo democrático estaban todas presentes en el pensamiento del máximo teórico del positivismo jurídico, Hans Kelsen, quien teorizó no sólo la estructura en grados del ordenamiento, sino también la garantía del control de constitucionalidad de las leyes, cuya introducción promovió en la Constitución austriaca de 1920[41]. Pero es de nuevo un hecho que fue precisamente Kelsen el más autorizado valedor de la tesis paleo-positivista de la equivalencia entre validez y existencia de las normas, conforme a la cual no existirían normas inválidas por contraste con la constitución[42], una tesis, como se ha visto, insostenible en ordenamientos dotados de constitución rígida.

En la cultura jurídica del siglo XIX y de la primera parte del XX la ley, cualquiera que fuera su contenido, era en suma considerada la fuente suprema, ilimitada y no limitable del derecho. Y las cartas constitucionales, pensemos lo que pensemos hoy de su «natural» rigidez, no eran consideradas como vínculos rígidos para el legislador, sino como solemnes documentos políticos, declaraciones de intenciones o, todo lo más, como simples leyes ordinarias. Recuérdense la desestimación y la incomprensión de la *Déclaration* de 1789 por parte de Jeremy Bentham, que sin embargo fue uno de los mayores pensadores liberales. ¿Qué es, se preguntaba Bentham en un panfleto titulado *Anarchical Fallacies*[43], semejante documento, que comienza con la proclamación de que «todos los hombres nacen libres e iguales» y prosigue con la enunciación de una serie de principios de justicia y de derechos naturales, más que un tratadillo filosófico expuesto en artículos, fruto de una «confusión de ideas tan grande que no es posible atribuirle ningún sentido»[44]? Pues «no existen», afirmaba, «derechos naturales antes de la instauración del Estado»[45], es decir, «anteriores a las leyes, independientes de las leyes, superiores a las leyes»[46]. Bentham no se daba cuenta de que precisamente el derecho positivo, gracias a aquella Declaración, estaba cambiando de naturaleza ante sus propios ojos: que la Declaración misma era una ley positiva y que los principios de justicia proclamados por ella no eran ya, una vez allí estipulados, principios de derecho natural, sino principios de derecho positivo que vinculaban al sistema político a respetarlos y tutelarlos.

Pero incluso después de haberse reconocido su carácter jurídico, las constituciones y los estatutos fueron considerados por mucho tiempo simples leyes, expuestas a las modificaciones y, por ello, a las violaciones por parte del legislador ordinario. En efecto, en el sentido común de los juristas europeos hasta hace poco más de medio siglo no existía la idea

de una ley sobre las leyes y de un derecho sobre el derecho. Y era inconcebible que una ley pudiera vincular a la ley, al ser ésta la única fuente, por ello omnipotente, del derecho, y tanto más si estaba legitimada democráticamente como expresión de la mayoría parlamentaria y por ello de la soberanía popular. De tal modo que el legislador era a su vez concebido como omnipotente; y omnipotente era en consecuencia la política, de la que la legislación es el producto y a la vez el instrumento. Con el resultado, como se ha visto, de una concepción por completo formal y procedimental de la democracia, identificada solamente con el poder del pueblo o, mejor, con la voluntad de la mayoría de sus representantes.

Sólo en la segunda posguerra, justo tras la derrota del nazi-fascismo, se reconoció y sancionó, con la institución de la garantía jurisdiccional de la anulación de las leyes inconstitucionales por obra de tribunales *ad hoc*, la *rigidez de las constituciones* como normas supraordenadas a la legislación ordinaria. Y no es casual que esta garantía fuera introducida en Italia y Alemania, y después en España y Portugal, donde se redescubrió, tras la experiencia de las dictaduras fascistas y del consenso de masas del que habían gozado, el papel de la constitución como límite y vínculo de los poderes de mayoría según la noción de ella estipulada dos siglos antes en el célebre artículo 16 de la Declaración de 1789: no hay constitución allí donde «no esté asegurada la garantía de los derechos fundamentales ni establecida la separación de poderes»; que son exactamente los dos principios y valores negados por el fascismo y que son su negación.

Por esto podemos hablar propiamente de un «descubrimiento» de la constitución ocurrido sólo en estos últimos decenios: en Italia, por ejemplo, en los años sesenta, después de que la Corte Constitucional puso fin a la hibernación producida en los primeros años por la Corte de Casación con su tesis del carácter meramente «programático» de los principios constitucionales. Y ello porque en el siglo XIX y todavía en la primera mitad del siglo pasado, el constitucionalismo no entraba en el horizonte científico de los juristas y sólo hoy ha penetrado en la cultura jurídica injertándose en el viejo paradigma iuspositivista. Más aún, precisamente en este terreno tenemos la más clamorosa confirmación de la dimensión pragmática de la ciencia jurídica: las normas y los principios no son más que significados y existen no sólo en virtud de sus enunciaciones legales sino también y todavía más como significados compartidos por la cultura jurídica y el sentido común. Añado que nuestra cultura jurídica es todavía, de hecho, ampliamente paleo-positivista y a-constitucional; y que el paradigma del estado constitucional de derecho, como se verá en los próximos capítulos, por un lado está todavía en gran parte por desarrollar en el plano teórico y en el institucional y, por otro lado, está ya en crisis, a causa de la crisis del Estado nacional, y exigiría por ello un tercer cambio de paradigma a la altura de los desafíos de la globalización.

En suma, existe una interacción entre cambios institucionales y cambios culturales. Las filosofías jurídicas y políticas son siempre un reflejo y a la vez un factor constitutivo y, por así decirlo, performativo de las

concretas experiencias de su propia época. El *ius-naturalismo*, aun dentro de todas sus variantes, fue la filosofía jurídica dominante de la época premoderna, mientras faltó un sistema formalizado de fuentes basado en el monopolio estatal de la producción jurídica. El *ius-positivismo* lo fue después de las codificaciones y el nacimiento del Estado moderno. El *ius-constitucionalismo* lo es hoy, o en todo caso se está convirtiendo en ella, tras la introducción de las garantías jurisdiccionales en apoyo de la rigidez de las constituciones.

A cada uno de estos tránsitos le ha correspondido un cambio de los títulos de legitimación del derecho y de sus criterios de validez: del fundamento inmediatamente sustancialista del derecho jurisprudencial premoderno, cuando la validez de una tesis jurídica dependía de la valoración (subjetiva) de la justicia (objetiva) de sus contenidos, al puramente formalista del estado legislativo de derecho, cuando la validez de una norma dependía de la forma legal de su producción, hasta el tanto formalista como sustancialista del estado constitucional de derecho, cuando la validez de las leyes se ha anclado, además de en la conformidad a las normas de producción de sus fuentes y sus formas, también en la coherencia de sus contenidos con los principios establecidos por constituciones rígidamente supraordenadas a aquéllas.

Al mismo tiempo, en el paso de uno a otro de estos modelos, se ha acentuado el carácter artificial y convencional de la experiencia jurídica. Contra el sustancialismo que fue propio del derecho jurisprudencial premoderno, en efecto, el primer contenido del pacto social fundante del orden jurídico positivo es que una ley estipule formalmente, contra la arbitrariedad judicial, lo que es justo y lo que es injusto, de tal modo que el juez esté vinculado a aplicarla comprobando los presupuestos por ella estipulados. Pero el segundo contenido, producido por la segunda revolución institucional, es que la misma ley esté vinculada a principios sustanciales de justicia a su vez estipulados en una ley superior a ella: que le esté vedado o impuesto, como garantía de los derechos fundamentales en ésta estipulados, lo que es justo prever como justo o no prever como injusto. La dimensión sustancial y nomoestática de la validez propia del derecho jurisprudencial premoderno, que había sido excluida por el primer positivismo jurídico, vuelve así a condicionar nuevamente el sistema jurídico en el iuspositivismo ampliado del estado constitucional de derecho: bajo forma, sin embargo, no ya de arbitrario sentido de lo justo, sino de límites y vínculos impuestos al legislador a través de su aprobación pactada y su positivación como normas constitucionales.

13.8. *Tres tipos de razón jurídica: sustancial, formal e instrumental en cuanto a los fines*

Así pues, hemos distinguido tres modelos de derecho, tres nociones de validez, tres paradigmas epistemológicos de jurisdicción y de ciencia ju-

rídica, tres diferentes filosofías y culturas jurídicas, en fin, tres diferentes títulos de legitimación, en correspondencia con otros tantos tipos de sistemas políticos: el *ancien régime*, el estado legislativo de derecho y el estado constitucional de derecho. Ahora podemos distinguir, en correspondencia con estos tres modelos de experiencia jurídica, tres tipos distintos de racionalidad que reflejan otras tantas fenomenologías de la relación entre poder y saber jurídico.

La *racionalidad ius-naturalista* propia del derecho premoderno es claramente una *racionalidad sustancial*, basada en la justicia intrínseca de las decisiones y por ello confiada, de hecho, a la arbitrariedad de los jueces. Su presupuesto es la ilusión cognoscitivista de alguna objetividad ontológica de lo que es justo e injusto, accesible al conocimiento doctrinal y jurisprudencial. No se comprendería el predominio milenario del iusnaturalismo como «corriente del [...] pensamiento jurídico que concibe que la ley, para que sea tal, debe ser conforme a la justicia»[47] si no se tuviera en cuenta el hecho de que en el derecho premoderno, en ausencia de un sistema exclusivo y exhaustivo de fuentes positivas, era precisamente el derecho natural, como sistema de normas supuestas como intrínsecamente «verdaderas» o «justas», el que servía como «derecho común», esto es, como parámetro de justificación racional y de legitimación política tanto de las tesis de la doctrina como de la práctica judicial[48].

La *racionalidad ius-positivista* propia del derecho moderno es, por el contrario, una *racionalidad formal*, basada en la forma legal de la estipulación de lo que resulta decidido. Su presupuesto es el principio de legalidad, esto es, la predeterminación voluntarista y convencionalista de los criterios de decisión, conforme a la cual el derecho se separa de la moral y la validez se disocia de la justicia, decayendo la presunción de que ésta pueda ser asegurada en cada ocasión por la sabiduría de la doctrina y la jurisprudencia. Gracias a este principio se reducen la incertidumbre del derecho y la arbitrariedad decisionista de los jueces y los administradores públicos. Al mismo tiempo se garantiza un cierto grado de igualdad y de imparcialidad por el «velo de la ignorancia» —por usar de nuevo la conocida fórmula de John Rawls— que caracteriza, respecto de los casos concretos, a la ley general y abstracta. Pero es claro que de esta manera la arbitrariedad se traslada de la jurisdicción a la legislación, esto es, a la estipulación legal de lo que es justo e injusto, confiada enteramente a la autoridad política, esto es, a la forma, en el mejor de los casos democrática, a través de la que su voluntad se expresa.

La *racionalidad ius-constitucionalista*, en fin, une racionalidad formal y racionalidad sustancial dado que vincula y dirige la primera a la segunda, a su vez positivizada. Aquélla consiste en la congruencia de los medios —el actuar económico en las formas de la autonomía privada y el actuar político en las formas de la autodeterminación política colectiva— con los fines y las expectativas constitucionalmente estipuladas. Es la *racionalidad instrumental* que Max Weber llamó «racionalidad con-

forme al fin»[49]: donde el fin, o mejor, el conjunto de los fines, no es otro que la razón social de la institución política y, precisamente, en democracia, la garantía de los derechos fundamentales constitucionalmente estipulados (T12.117, T12.163-T12.167). En este plano el velo de la ignorancia del que habla Rawls opera en el momento constituyente en relación con la misma legislación y por ello con la arbitrariedad política, aunque sea mayoritaria, sirviendo para poner a resguardo de esta última a la que he llamado la esfera de lo indecidible.

Es cierto con todo que la reducción de la arbitrariedad política del legislador determinada por la sujeción de la ley a la constitución se acompaña de una reducción de la certeza sobre la validez de la primera, confiada de tanto en tanto a la valoración jurisdiccional de su coherencia con la segunda. Sin embargo, el aumento de la inseguridad y por ello de la discrecionalidad interpretativa en materia de validez de las leyes está compensado por la restricción de la inseguridad y la discrecionalidad interpretativa en la determinación de su significado. A igualdad de condiciones, en efecto, un mismo texto de ley comporta, según existan o no principios establecidos por una constitución rígida, un abanico de interpretaciones legítimas más amplio en el primer caso y más restringido en el segundo. Tómese por ejemplo una norma como la que, presente en el Código Penal italiano, castiga el impreciso delito de «desacato» [*vilipendio*] («El que desacate, etc.»). Su significado, en ausencia de constitución, está del todo indeterminado, pudiendo entenderse por «desacato» cualquier manifestación de pensamiento que tome por «viles» a las instituciones por ella designadas. En presencia del principio constitucional de la libertad de manifestación del pensamiento, en cambio, admitido que tal norma pueda considerarse válida, resultan en todo caso excluidas de su campo de denotación todas las expresiones de pensamiento, aunque sean ofensivas para las instituciones mismas.

El constitucionalismo rígido, al comportar la subordinación de la ley a los principios y los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, sirve en suma para restituir una dimensión normativa y una racionalidad sustancial a toda la producción jurídica y para llevar a cumplimiento tres aspectos de la modernidad política y jurídica. De ahí resultan en primer lugar una limitación y a la vez un perfeccionamiento de la democracia: una limitación porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, en otro caso absolutos, y por eso una restricción de los espacios, en otro caso ilimitados, de la (democracia) política; un perfeccionamiento porque estas mismas prohibiciones y obligaciones equivalen a otras tantas garantías de los derechos fundamentales, los cuales corresponden, como se ha dicho, a fragmentos de soberanía, es decir, a poderes, contrapoderes y expectativas estipuladas para todos y cada uno en tutela del método democrático mismo.

De ahí se siguen, en segundo lugar, como se dijo al final del § 9.2, un perfeccionamiento y una extensión del estado de derecho, al no ser

ya el legislador omnipotente sino estar subordinado también él a la ley constitucional, no sólo en cuanto a las formas de la producción jurídica sino también en cuanto a los contenidos normativos producidos. A la transformación del estado legislativo en estado constitucional de derecho se ha añadido por otro lado la integración del viejo *estado liberal de derecho*, como conjunto de prohibiciones impuestas como garantía únicamente de los derechos de libertad y de autonomía, con el diseño, en las constituciones europeas de la segunda posguerra, de un *estado social de derecho*, es decir, de una red de obligaciones impuestas como garantía de los derechos sociales, como los derechos a la salud, a la educación, al trabajo, a la subsistencia y a la previsión social. Se trata de un paradigma bastante más vinculante y complejo que el puramente liberal. Mientras que éste, al consistir en un conjunto de prohibiciones, se satisface principalmente por un no-hacer, es decir, por el simple *respeto* (D9.35) de los derechos de libertad, el estado social de derecho, al consistir en una red de obligaciones, exige en cambio sobre todo un hacer, es decir, la *aplicación sustancial* (D9.37) de las garantías de los derechos sociales, las cuales deben además ser introducidas junto con las respectivas instituciones de garantía y son mucho más onerosas que las de los derechos de libertad. Por otro lado, mientras que las violaciones de los derechos de libertad por obra del legislador, al consistir en la comisión de actos inválidos, dan lugar a *antinomias* (T12.131), reparables mediante las garantías secundarias de la anulación jurisdiccional de las normas legales inválidas, los incumplimientos de los derechos sociales, al consistir en la omisión de actos debidos, dan lugar a *lagunas* (T12.132), contra las cuales no se han predispuesto hasta hoy y no es fácil imponer la predisposición de adecuadas garantías secundarias.

En tercer lugar, la racionalidad sustancial injertada en el derecho por el constitucionalismo rígido comporta un perfeccionamiento del mismo positivismo jurídico, al que confiere, con la doble artificialidad por él imprimida a la legalidad, la forma extrema y más acabada. Gracias a la sujeción al derecho de la producción del derecho mismo, es en realidad el mismo «deber ser» del derecho y no sólo su «ser» —su modelo axiológico y no sólo su existencia, las opciones y los fines que presiden su producción y no sólo sus formas de producción— el que ha sido positivizado como *derecho sobre el derecho* dirigido a garantizar, contra toda tentación absolutista, la igualdad y las necesidades vitales de todos. La relación entre estado de derecho y principio de mayoría, o más simplemente entre derecho y política, resulta invertida respecto del modelo politicista del estado legislativo de derecho y de la democracia formal: no es ya el derecho el que puede ser concebido como instrumento de la política, sino que es por el contrario la política la que debe ser asumida como instrumento para la realización del derecho y específicamente de los derechos fundamentales, en cuya garantía reside la razón social del pacto constitucional (T12.92, T12.117). Al menos en sus modelos normativos —bien distantes, como veremos, de la realidad—, tanto la

política como el mercado, esto es, los lugares del poder dentro de la que he llamado la *esfera de lo decidible*, resultan en realidad rígidamente circunscritos por la *esfera de lo indecidible (que o que no)*, representada por los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y, además de supraordenada a una y otro, sustraída a su arbitrio.

Esta esfera de lo indecidible no es otra que la esfera pública de los intereses de todos (D11.36), ahora protegida por la garantía constitucional. Al menos en el plano normativo, con la rígida constitucionalización del poder llega a cumplimiento el proceso de su regulación y limitación mediante la progresiva sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes: que es «el gobierno de la razón», como escribió Aristóteles, mientras que el gobierno de los hombres es inevitablemente «también el de la bestia, porque el capricho es esta bestia y la pasión trastorna, cuando están en el poder, incluso a los mejores hombres»[50]. El primer paso en dirección a la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes fue la afirmación moderna del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho vigente y fuente de legitimación de los poderes. El segundo paso fue la supresión también de aquel residuo de absolutismo que en el primer estado de derecho permanecía en el legislador, a través de la subordinación también de éste a la ley constitucional. De modo que en las actuales democracias dotadas de constitución rígida no existen en vía de principio —aun si existen e incluso, como veremos, se han desarrollado de hecho enorme e ilegítimamente— poderes soberanos y absolutos, en el sentido de *legibus soluti*.

En el rechazo de la idea misma de un «poder bueno»[51] y en la contención del tendencial absolutismo de cualquier poder está el papel conferido por la razón jurídica moderna primero a la legislación y después a la constitución: «Es una experiencia eterna», escribió Montesquieu, «que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites»[52]. Y este límite es precisamente el derecho, el cual se configura, en su modelo de justificación racional, como *ley del más débil* contra la ley del más fuerte que es propia del estado de naturaleza: de quien es más fuerte físicamente, como en el estado de naturaleza hobbesiano; de quien es más fuerte económicamente, como en el mercado capitalista; de quien es más fuerte políticamente, porque posee los poderes de gobierno; de quien es más fuerte militarmente como en la comunidad internacional. Es, en efecto, ley del más débil el derecho penal, que tutela al más débil, que es la parte ofendida en el momento del delito, el imputado en el momento del proceso, el preso en el de la ejecución penal. Lo son ciertamente el derecho del trabajo, que tutela a los trabajadores frente al poder de los empleadores, y el derecho de familia, que tutela a los miembros más débiles de la familia frente a los más fuertes. Lo es igualmente el derecho público, constitucional y administrativo, que tutela a los ciudadanos frente a los poderes públicos. Debería serlo más que nunca el derecho internacional, que debería proteger a los individuos de la violencia de sus Estados, a los Estados

más débiles de los más fuertes, a la humanidad entera de las amenazas de guerra y de catástrofes ecológicas. Incluso el derecho de propiedad y la *lex mercatoria* son leyes del débil frente al poder de apropiación de los bienes por parte del más fuerte mediante la violencia[53]. Pero es únicamente con la constitucionalización de esas explícitas *leyes del más débil*, como las he llamado en el § 11.18, que son los derechos fundamentales como este papel garantista del derecho se transforma de fuente de justificación externa en fuente de legitimación y deslegitimación interna, y precisamente en la «razón social» de la democracia constitucional (T12.117, T12.165-T12.167), por lo demás cada vez más desatendida, como veremos, por la actual crisis de la razón jurídica.

13.9. *Qué es una constitución democrática*

De la constitución he formulado, en el capítulo XII, una definición teórica (D12.22) compleja: estructural en la primera parte, en la que se enuncia su carácter supraordenado a cualquier otra norma del ordenamiento (T12.82, T12.89-T12.90 y T12.105-T12.110); axiológica en la segunda, en la que se indican sus condiciones de democraticidad (T12.92-T12.93, T12.112-T12.117, T12.162-T12.167). Es esa segunda noción —la de «constitución democrática»— la que en este momento podemos redefinir tanto en el plano de la filosofía política como en el de la teoría del derecho.

He caracterizado la constitución democrática como una ley de grado supraordenado a cualquier otra, que transforma principios ético-políticos externos al derecho vigente en *principia iuris et in iure*, es decir, en normas positivas internas al ordenamiento, y por tanto genera, como *principia iuris tantum* por no consistir en normas positivas ellos mismos, los deberes de la coherencia y la plenitud en la producción, en la interpretación y en la aplicación de las normas a ella subordinadas. Los principios *iuris et in iure* constitucionalizados se han distinguido a su vez en dos grandes clases, complementarias entre sí, unos como instrumentales respecto de los otros. Los principios de la primera clase, que constituyen las normas de reconocimiento de la institución política, son los expresados, usualmente en la segunda parte de las cartas constitucionales, por las normas formales sobre la producción consistentes en la división de los poderes públicos, en la representatividad de las funciones de gobierno y en su separación de las funciones de garantía (T12.113-T12.116, T12.117). Los principios de la segunda clase, que diseñan la razón social de la misma institución, son los expresados, usualmente en la primera parte de las constituciones, por las normas sustanciales sobre la producción consistentes en los derechos vitales estipulados para todos y cada uno (T12.117, T12.165-T12.167).

Lo que llamamos *constitución* es este conjunto de principios formales y sustanciales: por un lado, el conjunto de las normas de competencia,

expresadas por normas hipotéticas formales (T10.97, T10.99, T12.85, T12.161), que tienen por destinatarios a los titulares de aquellos poderes-deberes que son las funciones de gobierno y las funciones de garantía; por otro lado, el conjunto de los derechos fundamentales, expresados en cambio por normas téticas sustanciales (T11.20, T12.86, T12.93, T12.117), que tienen por destinatarios y todavía antes por titulares a todas las personas y/o ciudadanos, es decir, al pueblo entero. Es en suma un sistema de derechos de las personas naturales y de reglas sobre los poderes de aquellas personas artificiales e instrumentales que son las instituciones públicas: sobre sus formas de ejercicio y sus vínculos de contenido.

Bastaría esta su función de reglas, límites y vínculos impuestos a los poderes públicos, incluso mayoritarios, como garantía de los derechos de todos para excluir que las constituciones sean normas igual que las demás, a disposición de la mayoría misma, y para reconocer su naturaleza de pactos fundadores dirigidos a asegurar la paz y la convivencia civil. Si son el conjunto de las reglas del juego, que garantizan su corrección y legitimidad, estos pactos no pueden dejar de ser garantía para todos los jugadores, incluso para las minorías y las oposiciones. Si tienen por destinatarios a los poderes constituidos por ellos, no pueden ser modificados, derogados o debilitados por esos mismos poderes, sino sólo ampliados y reforzados. En fin, si la mayor parte de sus normas sustanciales se identifica con los derechos fundamentales, éstas pertenecen a todos nosotros, que somos los titulares de los derechos fundamentales (T12.168).

Se comprende por eso cómo la forma constitucional de la democracia vale para superar todas las aporías que afligen, como se dijo al comienzo de este capítulo, al paradigma puramente político o formal. Puesto que los derechos fundamentales son normas téticas (T11.20), bien podemos decir que de las normas constitucionales sustanciales que los establecen son titulares las mismas personas a las que se confieren tales derechos (T12.168); y que por eso la constitución, en su parte sustancial, es «imputada», en el sentido jurídico del término, a todos y a cada uno: al pueblo entero y a cada persona que lo compone. De aquí su «natural» rigidez: los derechos fundamentales, y por tanto las normas constitucionales en que consisten, precisamente porque son de todos y cada uno, no son suprimibles ni reducibles por la mayoría, la cual no puede disponer de lo que no le pertenece. Puesto que todos y cada uno son titulares de los derechos por ella adscritos, ninguna mayoría, como se ha dicho en el § 12.16, puede manipularlos más que con un acto subversivo con el que se rompe el pacto constitucional. Por esto está en la lógica del constitucionalismo que los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos se hallen jurídicamente sustraídos incluso al poder de revisión constitucional, o mejor, que por el ejercicio de éste puedan ser sólo ampliados y no ya reducidos o, peor, suprimidos.

Por otro lado, la constitucionalización de los derechos fundamentales, al elevar tales derechos a normas del ordenamiento supraordenadas

a todas las demás, asigna a todos los ciudadanos y a todas las personas a las que están conferidos una colocación a su vez supraordenada al conjunto de los poderes, públicos y privados, que están vinculados y dirigidos al respeto y la garantía de los derechos. Es en esta común titularidad de la constitución, consiguiente a la titularidad de todos y cada uno de tales derechos, donde reside, como se ha dicho, el significado positivo de la «soberanía popular»; la cual, se ha añadido en el § 13.2, puede ser identificada, si todavía queremos hacer uso de esta vieja palabra, con la suma de aquellas situaciones de todos, supraordenadas a todas las demás, que son los derechos fundamentales constitucionalmente estipulados, de tal modo que las violaciones de éstos son también su violación. A partir de ello resulta ampliada y reforzada la misma noción política de «democracia»: la democracia consiste en el «poder del pueblo», no ya simplemente en el sentido de que corresponden al pueblo y por tanto a los ciudadanos los derechos políticos y con ello el autogobierno a través de la mediación representativa, sino también y sobre todo en el sentido de que corresponde al pueblo y a todas las personas que lo componen el conjunto de todos aquellos *poderes activos* que son los derechos constitucionales secundarios de los que todo poder constituido se deriva y de todos aquellos *contrapoderes pasivos* que son los derechos constitucionales primarios a los que están subordinados y dirigidos los poderes.

Sólo de este modo, a través de su funcionalización a la tutela y la satisfacción de los diversos tipos de derechos fundamentales, viene a realizarse, como se verá en el § 15.1, la concepción utilitarista, ilustrada y heteropoyética del Estado como «instrumento» para fines no suyos[54]. Las garantías de tales derechos —del derecho a la vida a los derechos de libertad y a los derechos sociales— son los «fines» externos y por tanto la «razón social» de aquellos artificios que son el Estado y las demás instituciones políticas. Y es en esta relación entre medios institucionales y fines sociales y en la consiguiente primacía de los derechos fundamentales sobre los poderes públicos, de las personas físicas sobre las máquinas políticas, de sus necesidades y voluntades sobre cualquier posible razón de estado, donde residen el significado profundo de la democracia y el papel profundo de las constituciones democráticas como pactos de convivencia.

Esta naturaleza pacticia es por otro lado intrínseca a la noción política de «constitución democrática». Lo es en el plano filosófico y lo es en el plano histórico. En el plano filosófico, como se dijo en el § 11.18, es fruto de la idea contractualista, formulada por Hobbes y desarrollada después por el pensamiento ilustrado, de que el Estado no es, como en la concepción clásica y premoderna, un hecho natural sino un fenómeno artificial y convencional, construido por los hombres para la tutela de sus necesidades o derechos naturales: el derecho a la vida según Hobbes, los derechos a la libertad y propiedad según Locke, los derechos políticos y sociales tal y como se han añadido en las constituciones del siglo XX. Esta idea moderna invierte la concepción aristotélica del dere-

cho y de la comunidad política como entidades necesarias y naturales[55]: lo que es natural no es el derecho y el Estado sino el no derecho y el estado de naturaleza, esto es, los seres humanos de carne y hueso con sus necesidades naturales; mientras que el Estado es un artificio que se justifica sólo en cuanto instrumento de tutela de las personas naturales[56]. Es en este sentido en el que las cartas constitucionales y las declaraciones de derechos se configuran como pactos o convenciones democráticas, cuyas cláusulas son los principios y los derechos fundamentales que de «naturales» se convierten, gracias a su estipulación, en «positivos» y «constitucionales»: los derechos de libertad, de los que están excluidas la supresión, las limitaciones y las violaciones; los derechos sociales, de los que se impone la satisfacción. Bajo este aspecto el estado de derecho precede a la democracia política no sólo históricamente, en el sentido de que nace con las monarquías constitucionales mucho antes de la introducción del sufragio universal, sino también axiológicamente, en el sentido de que es un conjunto de límites y de vínculos a la misma democracia política. Lo que la democracia política no puede comprimir, aunque se apoye en la unanimidad de las voluntades, son precisamente los derechos fundamentales, que son, pues, contra la mayoría al estar establecidos —como inviolables e inalienables— frente a todos los poderes y para tutela de todos.

Pero es también la génesis histórica de las constituciones lo que confirma su naturaleza pacticia, de contratos sociales impuestos a los soberanos para limitar y vincular sus poderes en otro caso absolutos. Todas las constituciones dignas de este nombre han nacido como rupturas con el pasado y, a la vez, como proyectos de futuro. La idea del contrato social no es sólo una categoría filosófica. Se identifica con la idea misma de la liberación y la refundación sobre bases pacticias de la convivencia civil por obra de las convenciones constitucionales con las que los padres constituyentes del moderno estado de derecho sancionaron el fin del absolutismo. En este sentido fueron cartas revolucionarias no sólo la americana y la francesa, sino también la mayor parte de las constituciones europeas del siglo XIX y del XX. Ninguna de éstas, se ha dicho en el § 11.18, fue concedida espontáneamente desde arriba. Todas fueron conquistadas con luchas sangrientas por movimientos populares que, sin preocuparse de su naturaleza jurídica, afirmaron con ellas su voluntad constituyente de ruptura con el pasado: las constituciones liberales del siglo XIX, reivindicadas y conquistadas por los movimientos por los estatutos durante toda la primera mitad de ese siglo; la Constitución italiana, nacida de la Resistencia y de la guerra de liberación de la dictadura fascista; la Ley fundamental alemana, nacida del repudio del nazismo; las Constituciones española y portuguesa, fruto de la ruptura del régimen franquista y del salazarista; la misma Carta de la ONU y la Declaración universal de derechos de 1948, nacidas de la ruptura de aquel régimen de anarquía internacional que estaba basado en la guerra y en la soberanía salvaje de los Estados nacionales. Siempre las constituciones

democráticas son el producto de cambios revolucionarios y de pactos fundantes y refundantes de la convivencia civil. Y en esta su génesis y naturaleza está su diferencia con las constituciones de papel, variadamente *octroyées*, de las que también están dotados muchos ordenamientos autoritarios o de frágil democracia.

Con el redescubrimiento de esta su naturaleza pacticia se explica la refundación de las constituciones europeas del siglo pasado operada con la estipulación de su rigidez, a la que se debe la formalización de su papel garantista de la convivencia civil y el consiguiente cambio de paradigma del derecho positivo ilustrado en el § 13.6. Es significativo que esta innovación —garantizada en vía primaria, como se verá más adelante, por la no modificabilidad de la constitución salvo con procedimientos de revisión agravada, y en vía secundaria por el control jurisdiccional de constitucionalidad— se haya impuesto y generalizado al día siguiente de la segunda guerra mundial, tras las terribles experiencias del nazismo y del fascismo. Se descubrió entonces que el poder de la mayoría y el mismo consenso popular, que habían consentido la llegada de las dictaduras, no garantizan el pacto de convivencia, ni la calidad del sistema político, y ni siquiera la supervivencia del mismo poder de mayoría. Y se convino por eso en estipular en el pacto constitucional la inderogabilidad del pacto mismo y de sus cláusulas, es decir, de los derechos fundamentales y de la separación de poderes: que, como ya he dicho, son los dos elementos que el fascismo había suprimido y que definen a la constitución en el sentido sustancial expresado por el ya recordado artículo 16 de la Declaración de 1789.

Por esto podemos afirmar que el antifascismo —o, más en general, el antitotalitarismo— es un rasgo genético de las constituciones democráticas y de la democracia constitucional: no sólo de la democracia italiana, sino en general de la democracia contemporánea nacida de las ruinas de la segunda guerra mundial. Ya que la democracia no sólo ha renacido, en Italia y en Europa, por la derrota del nazi-fascismo, sino que se ha redefinido y ha tomado nueva conciencia de sí precisamente a través de la negación del fascismo y la afirmación, en las constituciones de la posguerra, de los valores de la paz, los derechos humanos y la separación de poderes que el fascismo había negado. Las constituciones se han venido así configurando no sólo como un perfeccionamiento normativo y una garantía del estado de derecho y de la democracia[57], sino también como un proyecto jurídico y un programa político: como un conjunto de imperativos negativos y positivos —de no hacer y de hacer— impuestos a todos los poderes como sus fuentes de legitimación o también, en caso de incumplimiento, de deslegitimación. Expresan, por así decirlo, utopías de derecho positivo que, aun cuando nunca perfectamente realizables, establecen sin embargo, como derecho sobre el derecho, las perspectivas de transformación del derecho mismo en dirección a la paz y a la igualdad en los derechos fundamentales.

13.10. *Constitución y pueblo. Concepción pacticia y concepción organicista de la constitución*

Reconocer la naturaleza pacticia de toda constitución democrática equivale a identificar su fundamento axiológico no ya en la común identidad política, cultural o nacional de los asociados que pactan, sino por el contrario en su diversidad y en su virtual conflictualidad. Toda convención constitucional es, en efecto, un pacto entre sujetos potencialmente antagónicos. Si ha de garantizar la convivencia civil de todos y asegurar a la vez la máxima libertad compatible con la de todos los demás, debe comportar el acuerdo entre sujetos y fuerzas políticas virtualmente contrapuestas y extremas. Si ha de asegurar la paz, esto es, la limpieza del juego democrático y la solución pacífica e imparcial de los conflictos entre sujetos hostiles, debe tutelar a todas las distintas e incluso opuestas identidades y asumir por ello como su presupuesto esta su pluralidad y este su potencial conflicto.

Esta caracterización de la constitución democrática como pacto de convivencia entre sujetos distintos y en otro caso enemigos invierte la opinión corriente según la cual su presupuesto político sería alguna homogeneidad social y cultural de los sujetos a los que está destinada. Según esta opinión —que se ha manifestado por último, como se verá en el § 16.17, con ocasión del debate sobre la Constitución europea—, para que una constitución sea legítima e incluso deseable sería necesaria la existencia en la sociedad de lazos pre-políticos como sólo provienen de una opinión pública en condiciones de dar vida a discusiones públicas conforme a un lenguaje y a valores comunes. Existiría, según esta tesis, un fuerte nexo, tanto histórico como axiológico, entre constitución, Estado nacional y pueblo, en el sentido de que una no sería posible ni estaría justificada sin los otros, es decir, sin una efectiva integración y homologación social y cultural y fuera del marco del Estado o quizá de un súper-Estado[58].

Este nexo, a mi modo de ver, no existe ni en el plano histórico o fáctico ni en el plano axiológico o filosófico-político. A las tesis escépticas que niegan la oportunidad y/o la legitimidad de constituciones supraestatales se pueden oponer dos órdenes de consideraciones, ambas relativas a la relación entre constitución y sociedad: una, de hecho, relativa a la cuestión fenomenológica de la existencia o no, en los orígenes y en todo caso en la base de las actuales constituciones nacionales, de un «pueblo» o de una «sociedad civil» dotada de alguna homogeneidad social, hecha de tradiciones comunes, cultura y valores compartidos; otra, más propiamente filosófico-política, relativa a la cuestión axiológica de si es la existencia y no más bien la inexistencia de tal homogeneidad social la principal justificación de una constitución.

Las consideraciones de hecho se refieren al grado de consenso y de homogeneidad social y cultural que hubo en los orígenes, en Europa, de los grandes Estados nacionales. ¿Podemos hablar realmente de los dis-

tintos pueblos europeos como sujetos dotados de aquella homogeneidad social y de aquella identidad cultural unitaria que vienen postuladas en la base de las distintas constituciones nacionales? Yo creo que no. Sería difícil sostener que en la Francia o la Inglaterra de los siglos XVII o XVIII, o en la Alemania o la Italia del XIX, hayan existido lazos pre-políticos e identidades colectivas —de lengua, cultura, intereses o comunes lealtades políticas— aptos para unir campo y ciudad, campesinos y burgueses, trabajadores y empresarios, masas analfabetas y estamentos profesionales e intelectuales. Ni siquiera se puede considerar que en cada uno de estos países existiera una opinión pública nacional y en todo caso una homogeneidad social mayor que la que hoy se da entre los distintos países europeos, e incluso entre los distintos continentes del mundo. Y todavía más arriesgado sería suponer que en torno a los valores establecidos por las cartas constitucionales, incluidos los derechos más elementales, haya existido, e incluso que exista ya, un consenso mayoritario. Un referéndum en favor de la libertad de conciencia o de las garantías penales y procesales que se hubiera desarrollado en la época de Beccaria o de la Revolución francesa no habría tenido ciertamente el consenso, no digamos de la mayoría, sino ni siquiera de una minoría significativa. Incluso hoy deberíamos temer, en nuestras mismas democracias, una votación popular sobre los derechos sociales o sobre la pena de muerte.

Ese grado de sentido cívico y de común pertenencia, así como de consenso en torno a valores políticos compartidos que hoy se puede encontrar en nuestros países parece en suma bastante más un efecto que una precondición de la formación de nuestros Estados unitarios y de sus constituciones. Quiero decir que los «pueblos» y las «naciones» y sus tradiciones han sido en gran parte una invención política, fruto de voluntades constituyentes y de convenciones constitucionales, no menos que los Estados nacionales y sus instituciones jurídicas. Debemos entonces preguntarnos cómo se afirman y radican, en el sentir común, los principios y los valores de un pacto constitucional de convivencia. El compartir los contenidos del pacto, y por ello la formación de una esfera pública y de una sociedad civil, ¿preceden o siguen, de hecho, a la estipulación formal del pacto constitucional?

La respuesta a estas preguntas ha sido ofrecida, en sede de teoría del derecho, por las tesis T12.93, T12.167 y T12.169-T12.171. Si en efecto entendemos por «esfera pública», según la definición aquí avanzada (D11.36), la esfera de los intereses de todos, en oposición a la esfera privada, que es el lugar de los intereses particulares del individuo (D11.37), debemos admitir que aquélla se genera, en su forma más avanzada y acabada, precisamente por la constitucionalización de esos intereses de todos que son los derechos universales y por ello fundamentales. Dígase lo mismo del «pueblo», aquí definido como el sujeto jurídico colectivo cuyos componentes son unificados por la igual titularidad de expectativas constituidas (D7.16, T7.89), como son precisamente los derechos fundamentales (T12.169-T12.170). En otras palabras, la esfera pública

se funda, en simultaneidad con el pueblo, en el momento en que viene estipulada, por el pacto constitucional, la *par condicio civium*, es decir, la igualdad en una serie más o menos amplia de derechos fundamentales[59]. En este carácter artificial y convencional está su rasgo distintivo respecto de la esfera privada, la cual, en cambio, al consistir sobre todo en aquellos intereses de los particulares que son los derechos patrimoniales, no se funda por ningún acto constituyente sino que coincide, en gran medida, con el mercado. En Europa, por ejemplo, no ha existido y no existirá una esfera pública europea mientras la Unión siga siendo sólo un «mercado común» y no se complete su proceso constituyente con la aprobación de una verdadera constitución, supraordenada a cualquier otra fuente y basada en la igualdad de todos los ciudadanos europeos en los derechos fundamentales. Quiero decir que la tesis vagamente comunitaria que respalda el escepticismo de quien asocia, como si una fuera presupuesto de otra, homogeneidad social, esfera pública y constitución, debería ser invertida en el plano fenomenológico y fáctico.

En este plano, precisamente la formación histórica del Estado moderno ha mostrado la existencia de una interacción compleja entre sentir común de pertenencia e instituciones jurídicas, entre unificación política y afirmación jurídica del principio de igualdad. Desde luego, un cierto grado de cohesión social y prepolítica y alguna identidad colectiva representan los factores más seguros de la efectividad de cualquier constitución, sea estatal o supraestatal. Pero la efectividad no debe ser confundida con la legitimidad. En todos los casos, además, junto a la cohesión social que forma su presupuesto, aquélla sigue y no precede a la estipulación del pacto constitucional. Es en efecto sobre la igualdad en los derechos, como garantía de todas las diferencias de identidad personal, donde madura la percepción de los asociados como iguales; y es sobre la garantía de los propios derechos fundamentales como derechos iguales donde se desarrollan el sentido de pertenencia y la identidad de una comunidad política. En suma, la constitución, con la igualdad en los derechos que establece, es precisamente la condición política y cultural del reconocimiento de los demás como «iguales» y, por ello, el principal factor de la esfera pública y de la identidad colectiva de un pueblo. Recordemos el paradigma hobbesiano: se entra en la sociedad civil y se sale del estado de naturaleza mediante el contrato social, esto es, mediante el pacto de convivencia que define y a la vez constituye la esfera pública como esfera del más vital de los intereses de todos, el derecho a la vida. Más todavía: a los fines de la formación de la esfera pública en el sentido aquí convenido, igualdad y garantía de los derechos son condiciones no sólo necesarias sino también suficientes. Son en realidad lo único que se necesita para la formación de identidades colectivas que se quieran fundar sobre el respeto recíproco en vez de sobre las recíprocas exclusiones generadas por las identidades étnicas, nacionales, religiosas o lingüísticas.

Llego así a la segunda cuestión más arriba suscitada: la filosóficopolítica, ya en parte discutida en el parágrafo anterior, del papel y por

ello del fundamento axiológico de las constituciones. Si las constituciones no (siempre, ni necesariamente) están respaldadas por una esfera pública y una sociedad civil ya formada —esto es, una cohesión prepolítica y una comunidad de valores, intereses y tradiciones—, ¿sobre qué se funda su legitimidad? Si no lo son el consenso ni la homogeneidad social y cultural, ¿cuál es la fuente de legitimación de una constitución? En el plano fenomenológico, se ha visto, entre esfera pública y sociedad civil de un lado y constitución del otro existe una interacción compleja, conforme a la cual las primeras son bastante más un efecto que un presupuesto de la segunda. ¿Cuál es su relación en el plano axiológico? Yo creo que también en este plano —más aún, sobre todo en este plano— la relación habitualmente establecida entre constitución y esfera pública, entre pacto constituyente y pueblo, debe ser invertida, a la vez que el papel habitualmente asociado a las constituciones.

Detrás de la idea dominante en la cultura iuspublicista de que las constituciones son el reflejo de alguna homogeneidad social —que presuponen un *demos* y una voluntad o un consenso popular como fuentes principales no sólo de su legitimidad sino también de su efectividad— hay en mi opinión una concepción organicista y metafísica del cuerpo social y de su relación con las instituciones políticas que ignora los conflictos políticos, culturales y sociales que atraviesan al primero y que se resuelve en un desconocimiento, o al menos en un debilitamiento, del papel garantista de las segundas. Ya he destacado, en el § 12.16, el carácter ideológico de esta concepción organicista del pueblo como macrosujeto dotado de voluntad unitaria. Se trata de una concepción antiilustrada, cuyos antecedentes son reconocibles en la iuspublicística alemana del siglo XIX[60] y luego en el pensamiento de Carl Schmitt, que definió la constitución como expresión de la «unidad política de un pueblo», o sea, como acto que «constituye la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior»[61].

Yo pienso en cambio que en una perspectiva garantista las constituciones han de entenderse, hobbesianamente, como pactos de convivencia, es decir, como contratos sociales en forma escrita, tanto más necesarios y preciosos cuanto más profundas son las diferencias personales que están llamadas a tutelar, cuanto más heterogéneas y conflictivas son las subjetividades políticas cuya convivencia deben garantizar y cuanto más vistosas e intolerables son las desigualdades materiales que tienen la tarea de remover o reducir. No sirven, por tanto, para representar orgánicamente la común voluntad de un pueblo, ni para expresar ninguna homogeneidad social, identidad colectiva o sentir común de pertenencia. Si fuesen sólo el reflejo de la común voluntad de todos se podría prescindir tranquilamente de ellas. Sirven más bien para garantizar los derechos de todos, incluso contra la mayoría, y por eso para asegurar la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto. Son, por así decirlo, pactos de no agresión y de mutuo apoyo, cuya razón social es la garantía de la paz y de los derechos vitales de

todos, tanto más esenciales cuanto mayores son los peligros de guerra y de dominación.

Es claro que, entendidas en este sentido, las constituciones no obtienen su legitimación del consenso popular. Obviamente, una constitución rige, funciona, si está radicada en el sentido común y en un común sentir. Si sus principios y sus valores no son socialmente compartidos, no tiene fuerza vinculante y no está destinada a durar. Pero este sentir común de adhesión, y por ello la homogeneidad cultural a él subyacente, son circunstancias de hecho, que sirven para condicionar la efectividad, que también es una cuestión de hecho, y no ya la legitimidad, que es una cuestión de valor. Naturalmente, el ideal sería que todos, o cuando menos la mayoría de los asociados, compartiesen constantemente todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Pero la legitimación sustancial de tales derechos proviene no ya del hecho de que expresen la voluntad de la mayoría sino, por el contrario, de su papel de límites y vínculos impuestos a aquélla como garantía de cada uno y de todos. Por eso tales derechos vienen estipulados en el pacto constitucional como normas de segundo grado superior a la legislación ordinaria: porque virtualmente siempre están —de los derechos de libertad a los derechos sociales— contra las contingentes mayorías.

Es en este sentido, referido a sus contenidos —a los derechos de todos, y por tanto del pueblo entero—, en el que las cartas de derechos son intrínsecamente «democráticas». Lo son en el sentido de que los derechos fundamentales, al estar supraordenados a cualquier poder normativo, equivalen, como he dicho varias veces, a fragmentos de soberanía correspondientes a todos y a cada uno. El fundamento de su legitimidad, a diferencia del de las leyes ordinarias y las decisiones de gobierno, no es por ello la *forma* de su producción cuanto más bien su *contenido* o su *sustancia*; no el consentimiento de la mayoría, sino un valor todavía más importante y prejudicial: la *igualdad* de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, esto es, en derechos vitales de todos, estipulados precisamente como límites y vínculos a las decisiones de las contingentes mayorías y, a la vez, como factores constitutivos de una esfera pública democrática. En pocas palabras, una constitución es democrática —más allá de la voluntad mayoritaria que también se ha expresado solemnemente, como se ha dicho en el § 13.3, en su momento constituyente— no tanto porque es voluntad de todos, sino porque garantiza a todos; no porque los derechos en ella establecidos sean universalmente aceptados —lo que, como veremos en el próximo parágrafo, es insostenible, tanto en el plano empírico como en el axiológico—, sino porque se confieren universalmente a todos; no porque nadie esté excluido de su estipulación —lo que es imposible y en todo caso generaría constituciones de mínimos y regresivas—, sino porque en ella se pacta la no exclusión de nadie.

Es además evidente que las dos cuestiones —la de hecho de la efectividad y la de valor de la legitimidad y la justificación de las constitu-

ciones—, aunque del todo distintas, están conectadas entre sí. Los principios y los derechos establecidos por una constitución, en efecto, son entidades lingüísticas. Funcionan como normas si y sólo si su sentido es generalmente compartido y viene tomado en serio por sus titulares y sus destinatarios. Crear consenso en torno a ellos es por lo demás el mejor modo de defenderlos. A la inversa, decaen, sin golpes de estado formales, si son apartados del sentir común y violados y negados de hecho sin que sus violaciones susciten disenso y rebelión. Pero este consenso, se ha dicho, no es un fenómeno natural, sino el fruto de las mismas constituciones. Y es generado también por la ciencia jurídica y la cultura política: es decir, por el hecho de que aquellos principios y aquellos derechos sean asumidos por éstas como «valores» y a la vez como «razones» o «justificaciones» de la convivencia civil. Por esto la cultura jurídica y política, como se ha dicho desde la Introducción, tiene un papel no simplemente cognoscitivo respecto de las constituciones y su valor normativo, sino, por así decirlo, performativo, del que lleva el mérito y la responsabilidad. Los juristas forman parte del objeto que indagan y contribuyen a formarlo. Hay una circularidad entre constitución y sentir común: las constituciones producen (coparticipación de) sentir común, que a su vez, de hecho, representa su principal soporte.

Se comprende, por otro lado, cómo esta concepción de la constitución como pacto entre personas distintas y no como expresión de voluntades o de identidades homogéneas es tanto más fecunda, a los fines de la teorización y de la fundación de un constitucionalismo democrático supranacional, cuanto más amplias son las comunidades políticas a las que la constitución está destinada. Como veremos en el último capítulo, a los fines de la creación de una esfera pública supraestatal, sea europea o mundial, como esfera de la igualdad y lugar de la política, además de un común sentimiento de pertenencia, lo que cuenta, mucho más que la institución de improbables y ni siquiera deseables súper-Estados, es precisamente la garantía de derechos fundamentales para todos los seres humanos. Es este sentimiento de la igualdad y del tener en común los derechos lo que crea cohesión política y no a la inversa. En todo caso, si es cierto que cuanto más extensa es la institución política y mayores son las diferencias de orden histórico y cultural que conviven en ella tanto más improbable se hace la representatividad de sus órganos de gobierno, lo es también que se hace entonces mucho más importante la garantía de los derechos fundamentales como límites negativos y vínculos positivos a la esfera de la política. Lo que es como decir que la esfera de competencia de la democracia política, esto es, de los órganos representativos, debe ser mucho más reducida, y que el paradigma del estado constitucional de derecho, esto es, la sujeción al derecho y por tanto a los derechos fundamentales por parte de los poderes, estatales y supraestatales, encargados de su garantía, debe estar mucho más articulado y desarrollado. El caso extremo, como se verá en el capítulo XVI, es el ordenamiento internacional. Una democracia representativa de nivel planetario, ba-

sada en el principio «una cabeza, un voto» no tendría mucho valor. En este nivel, mucho más que las *funciones* y las *instituciones de gobierno*, que han de dejarse en la mayor medida posible a la competencia de los Estados, son esenciales las *funciones* y las *instituciones de garantía* de la paz y de los derechos fundamentales, es decir, de aquella dimensión sustancial de la democracia sancionada precisamente por los principios constitucionales.

13.11. *Los derechos fundamentales como leyes del más débil. Las falacias del multiculturalismo. El universalismo de los derechos como técnica de tutela del pluralismo cultural*

En el parágrafo anterior he identificado en la igualdad en los derechos fundamentales la sustancia del constitucionalismo democrático y las fuentes de legitimación de las democracias constitucionales. Sobre esta base podemos replantear la *vexata quaestio* del conflicto entre las tesis de la «universalidad» de los derechos fundamentales, tal y como se han afirmado en la civilización jurídica occidental, y las tesis que en nombre del multiculturalismo y el relativismo cultural niegan en cambio esa pretendida universalidad y afirman si acaso la particularidad y la especificidad de los valores, las necesidades y las expectativas que, en las distintas culturas, son o exigen ser tutelados. ¿Es compatible el universalismo, en el sentido lógico-formal de la cuantificación universal de los sujetos a los que se imputan los derechos fundamentales, con el multiculturalismo? ¿Es compatible la afirmación de tal universalidad, como base de la igualdad, y el respeto debido a las múltiples diferencias culturales, religiosas, lingüísticas o de otro tipo que se manifiestan a veces en la falta o, peor, en el rechazo de los valores que aquellos derechos expresan? Se trata, evidentemente, de una cuestión análoga a la ya discutida en el parágrafo precedente del fundamento axiológico de las cartas constitucionales: si tal fundamento reside en el consenso y en la voluntad de la mayoría de la que serían expresión o, en cambio, como he sostenido, en su papel de garantía de intereses y necesidades vitales de todos, incluso contra las mayorías contingentes.

En la base de las críticas dirigidas por muchos defensores del multiculturalismo al universalismo de los derechos fundamentales, interpretado como una enésima forma de imperialismo de Occidente, hay a mi modo de ver un equívoco generado por el significado comúnmente asociado a la expresión «universalismo». Habitualmente esta expresión viene entendida —tanto por parte de cuantos la afirman como de cuantos la niegan— en el *sentido axiológico* del valor universal y, por así decir, objetivo, racional o autoevidente expresado por tales derechos, o peor, en el *sentido sociológico* de que son universalmente compartidos[62]. Es claro que en el primero de estos significados la tesis de la universalidad es una tesis moral, y como tal, para quien rehúya el cognoscitivismo

ético, remitida a las opciones morales de cada uno; mientras que en el segundo es una tesis ideológica, empíricamente falsa, incluso si se refiere a nuestras culturas.

Si estos fueran los únicos significados de «universalismo», la crítica a la llamada «universalidad» de los derechos fundamentales dirigida por las tesis multiculturalistas derribaría una puerta abierta. En los dos sentidos dichos, en efecto, los derechos fundamentales no son en absoluto universales. En el plano práctico, por otro lado, esa crítica no tiene mayor valor que la dirigida a los mismos derechos conforme al hecho, descontado, de que no todos, incluso en los países más avanzados, comparten los valores por ellos expresados. Su aspecto más insidioso es sin embargo su ambivalencia. Tras el obvio argumento de que los derechos fundamentales no son universalmente compartidos, esa crítica comporta en realidad otro significado, totalmente distinto, de «universalismo»: el aquí adoptado en la definición D11.1, resultante de la forma lógicamente universal de los derechos fundamentales, es decir, del hecho de que son *conferidos a todos* en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar. En este *sentido lógico* el universalismo de los derechos fundamentales equivale en exclusiva a la *igualdad*, precisamente, en tales derechos, de los cuales forma el rasgo distintivo: formal y no sustancial, descriptivo y no normativo, estructural y no cultural, objetivo y no subjetivo.

La tesis que sostendré es que, entendida en este sentido, la universalidad de los derechos fundamentales —cualesquiera que sean, pero de los que no es casual que se hayan afirmado históricamente los llamados «derechos vitales» (D12.21)— no sólo es compatible con el respeto a las diferencias reivindicado por el multiculturalismo, sino que representa su principal garantía. Por dos razones. Ante todo, por el nexo que liga individualismo y universalismo, en el doble sentido de que tales derechos se atribuyen igualmente a todos y cada uno de los individuos en igual medida y tutelan a cada uno frente a todos: frente a las mayorías, pero también frente a cualquier otro. Son en efecto los derechos fundamentales, y específicamente los derechos de libertad, los que garantizan, como se dijo en el § 11.13, el igual valor de todas las diferencias personales, comenzando por las culturales, que hacen de cada persona un *individuo diferente* a todos los demás y de cada individuo una *persona igual* a todas las demás. No olvidemos que la primera libertad fundamental que se afirmó en Europa fue la libertad de conciencia, el primer y fundamental derecho a la tutela de la propia identidad y diferencia cultural. Lo mismo ha de decirse de la libertad religiosa, de la libertad de manifestación del pensamiento y de las demás libertades fundamentales, que sirven todas para tutelar las identidades diversas, en disenso, no homologables de cada persona.

La segunda razón que hace de los derechos fundamentales el principal instrumento de tutela del multiculturalismo es todavía más importante. Reside en el hecho de que los derechos fundamentales, tal y como han sido consagrados por la experiencia histórica del constitucionalismo, se

configuran todos, según lo he mencionado en el § 11.18, como *leyes del más débil* en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia. El derecho a la vida y a la integridad personal es por antonomasia la ley del más débil contra la ley de quien es más fuerte físicamente. Lo son igualmente los derechos de libertad, contra la arbitrariedad y la opresión de quien es más fuerte políticamente. Lo son también los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia que compensan la ley de quien es más fuerte social y económicamente. Lo son los derechos políticos, que protegen a la mayoría de los débiles contra los abusos políticos de las élites o los dictadores. Lo son, en fin, los mismos derechos civiles, que tutelan la propiedad de los bienes contra la fuerza de quien podría apoderarse de ellos por la violencia. Una confirmación de ello es el origen histórico de todos estos derechos, que siempre han sido promulgados, en las distintas cartas constitucionales, tras luchas o revoluciones que de tanto en tanto han roto el velo de normalidad y naturalidad que ocultaba una precedente opresión o discriminación: de los derechos de libertad a los derechos de los trabajadores, de los derechos de las mujeres a los derechos sociales. Estos derechos, de tanto en tanto suprimidos o limitados por iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policiales o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales, siempre han representado otras tantas conquistas de sujetos débiles frente a las leyes de los más fuertes. Y han significado, en cada ocasión, un «nunca más» estipulado contra la violencia y la prepotencia generadas por la ausencia de límites y reglas. Naturalmente, esta coincidencia entre fundamento axiológico y fundamento histórico de los derechos fundamentales es contingente en el plano lógico y teórico. Pero no lo es en absoluto en el plano histórico y político. No ha sido casual que los derechos humanos, y con ellos todo progreso en la igualdad, hayan nacido siempre del desvelamiento de una violación de la persona que en un cierto momento se hace intolerable.

Se explica así por qué las garantías de los derechos fundamentales, en vez de estar en contraste con el multiculturalismo, son sus únicas tutelas posibles: porque el pluralismo de las culturas es reproducible al infinito, dentro de cada cultura, incluida la nuestra. Protegiendo a los más débiles, incluso frente a las culturas en sus manifestaciones dominantes, sirven en efecto para tutelar todas las diferencias, comenzando por la fundamental e irreductible diferencia que hace de la identidad de cada persona un individuo diferente de todos los demás. Valen, en concreto, para tutelar a la mujer frente al padre o el marido, al menor frente a los padres y, en general, a los oprimidos frente a sus culturas opresivas. Tómense las prácticas, sobre las que volveré en el § 15.3, de la infibulación o de la imposición del *burka* en perjuicio de las mujeres. Ningún respeto por las culturas de las que son expresión puede justificar semejantes lesiones, y todavía menos si perjudican a menores, por la misma razón por la que no son justificables el llamado homicidio «por causa de honor» o el duelo y similares, aunque duraderamente practicados e impuestos en otros contextos por viejos códigos culturales y deontológicos.

La tesis opuesta, según la cual el paradigma universalista de los derechos fundamentales, producto indudablemente de la cultura occidental, contradiría el respeto debido, por su propio universalismo, a pueblos y sujetos de distinta cultura está viciada, a mi modo de ver, por diversas falacias. La primera falacia es de tipo *lógico y metaético*. Esa crítica se realiza en nombre del propio universalismo que pretende impugnar, es decir, de la idea del igual valor no sólo de las personas y de sus identidades culturales, sino también de sus éticas y culturas; y no sólo de su ser, sino también de su hacer. Paradójicamente, semejante tesis se caracteriza por una especie de extremismo universalista, conforme al cual el formalismo jurídico y el universalismo ético de los derechos fundamentales, cuya base es necesariamente individualista por estar referida a los seres humanos, son trasladados al nivel metaético y referidos directamente a las culturas, concebidas por ello como macrosujetos para los que se reivindica la igualdad como titulares ellos mismos de los llamados «derechos culturales», en lugar de las personas de carne y hueso (y acaso en conflicto con ellas)[63].

Existen además otras dos falacias, de tipo *jurídico* y *ético-político*, que vician la crítica del universalismo de los derechos en cuanto no universalmente compartido, es decir, en el sentido ontológico o sociológico que, como se ha visto, se le suele asociar indebidamente. El universalismo del principio de igualdad y de los derechos fundamentales es dos cosas a la vez: una doctrina ética y una convención jurídica. Como doctrina ética es una doctrina formal que puede ser expresada con el imperativo kantiano «obra de tal modo que la máxima de tu acción pueda convertirse en una ley universal», o bien con la regla de oro de Hare sobre la universalizabilidad de los juicios morales[64]. Como convención jurídica es una norma que está puesta para tutela de todos contra la ley del más fuerte y que por esto he llamado ley del más débil. Pues bien, la falacia en la que incurre la ideología del multiculturalismo consiste en la confusión entre el universalismo de los derechos como forma lógica y convención jurídica y el mismo universalismo como tesis moral, es decir, en la suposición de que el primero implique de hecho y/o deba implicar la aceptación del segundo. Ciertamente la convención jurídica de la forma universal de los derechos fundamentales es el producto histórico de una opción política y moral. Pero no implica en absoluto su aceptación: no supone de hecho y ni siquiera impone que se compartan los valores morales subyacentes a ella.

La primera de estas implicaciones, según la cual las normas sobre los derechos fundamentales suponen de hecho que se comparten moralmente, es, como se ha dicho varias veces, empíricamente falsa. No es en absoluto cierto que los derechos humanos expresen una ética compartida, ni siquiera en nuestra propia cultura. El primer derecho de libertad conquistado por el liberalismo, lo acabo de recordar, fue la libertad religiosa o de conciencia, que nació por ello como respeto de las culturas ajenas, esto es, de las herejías y las religiones distintas a la dominante.

Pero no fue en absoluto compartido por la cultura corriente, como precisamente la católica. El liberalismo, comenzando por la libertad de conciencia, fue incluido en el *Índice de libros prohibidos* de la Iglesia católica hasta incluso el siglo pasado. A la inversa, como ha mostrado Amartya Sen, la idea de que Occidente sea la «única cuna de la tolerancia, de la libertad y de los derechos humanos» y de que tales valores sean extraños a otras culturas y en particular a las culturas asiáticas, es una forma de «chovinismo intelectual», expresión, ella sí, de eurocentrismo[65].

Por otro lado, la segunda implicación, según la cual la estipulación de los derechos fundamentales exigiría compartir los valores a ellos subyacentes, es una tesis axiológica patentemente antiliberal que contrasta con el principio de laicidad del derecho y del Estado que será ilustrada en el § 15.2. Se trata de la pretensión, subyacente al significado corriente de «universalismo» de los derechos fundamentales, de que los valores expresados por éstos sean o deban ser universalmente compartidos por ser en algún sentido «objetivos» o en todo caso «justos». Es una pretensión que supone la idea de que se pueda imponer o pretender que se deba compartir una determinada moral, aunque sea liberal. Y corresponde por eso a una tercera falacia —quizá la más grave— consistente en la confusión entre derecho y moral, entre punto de vista normativo interno al derecho positivo y punto de vista axiológico externo a él. Por el contrario, la teoría garantista del estado constitucional de derecho, precisamente porque se basa en la separación laica entre derecho y moral, no sólo no supone sino que ni siquiera exige, ni debe exigir, la adhesión a los valores ético-políticos jurídicamente establecidos en él. No sólo no la impone, sino que impone no imponerla. Hasta el punto de que es lícito sostener que una razón moral no secundaria para adherirse a la ética de los derechos fundamentales subyacente al estado constitucional de derecho reside en el hecho de que no exige ninguna adhesión moral.

13.12. *La efectividad de los derechos vitales y la paz. Los derechos como vía de los conflictos pacíficos y de la solidaridad social*

Obviamente, un cierto grado, si es posible mayoritario, de adhesión moral y política a los derechos fundamentales y, en general, a los valores expresados por las constituciones es una condición pragmática indispensable de su efectividad. El derecho, se ha dicho varias veces, es un universo lingüístico, esto es, un mundo de signos y significados cuya efectividad depende de que se forme en torno a él aquel sentir común que llamamos «sentimiento cívico». Esto vale para todo el derecho; más aún, para cualquier sistema normativo. Y vale más que nunca para los derechos fundamentales, y en general para la democracia, que es una construcción social cuyo mantenimiento depende, más allá de las garantías jurídicas, de un cierto grado de consenso en torno a los valores sobre los que se funda. Pero la efectividad es algo distinto de la legitimidad, y el senti-

miento cívico que subyace a ella, como se acaba de decir, no puede, en el estado liberal de derecho, ser impuesto por normas jurídicas.

Para comprender cómo se forma este sentimiento cívico es oportuno recuperar el análisis del nexo que se acaba de ilustrar entre universalismo e individualismo y entre igualdad y diferencias. Este nexo, que es el rasgo característico de todos los derechos fundamentales, sirve para explicar dos aspectos esenciales y en apariencia opuestos de la fenomenología de la democracia constitucional, generados ambos por la reivindicación y después por la conquista, la defensa y el ejercicio de aquellos derechos de tanto en tanto sancionados como vitales: por un lado, el pluralismo de los intereses y el conflicto político y social y, por el otro, la cohesión y la solidaridad, a la vez políticas y sociales.

Se ha visto, en el § 12.9, que los derechos vitales son una condición de la paz: en el sentido de que en su ausencia, o en ausencia de sus garantías, la convivencia degenera, por un lado, en la violencia y en la opresión de los más fuertes y, por otro lado, en la resistencia y la revuelta de los más débiles. Sobre cuestiones vitales, como las que son objeto de tales derechos, no se negocia ni se transige ni todavía menos se acepta el ser dejado en minoría. Pero esto quiere decir que sobre todas las demás cuestiones es precisamente la garantía de la vida, de las libertades y de la supervivencia la que hace posible el *disenso* y el *conflicto pacífico*. Es gracias a los derechos fundamentales como, en el conflicto, pueden manifestarse libre y pacíficamente las diferencias personales y colectivas —de opinión política, de cultura, de religión y similares— y al mismo tiempo confrontarse y reducirse las desigualdades de carácter económico y social. El confín entre resistencia y disenso, entre guerra y conflicto, entre enfrentamiento violento y confrontación pacífica pasa precisamente a lo largo de la línea que separa la esfera de lo indecidible de la esfera de lo decidible. La violación de lo que es indecidible se manifiesta en la violencia y genera violencia. Es sólo en la esfera de lo decidible donde no sólo se desarrolla, sino que está garantizado por la esfera de lo no decidible que se desarrolle, libre y pacíficamente, la dialéctica democrática entre intereses, opiniones y valoraciones contrapuestas.

Por eso la democracia constitucional puede ser caracterizada como un método de civilización y de solución pacífica de los conflictos. En ausencia de igualdad en los derechos vitales y de una esfera pública organizada para garantizarla no se dan conflictos sino opresión. El conflicto pacífico supone siempre la garantía de los derechos fundamentales vitales como condición de la igualdad (D12.21). Eso vale claramente en la esfera pública, tanto estatal como internacional, constituida por la garantía de la paz y los derechos de todos como formas, instrumentos y condiciones de la socialización y de la comunicación política. Pero vale también en la esfera privada —en el mercado, en la familia y en las relaciones de trabajo—, en la que los conflictos suponen asimismo la igualdad en los derechos fundamentales que está en la base del respeto recíproco. No hay conflictos entre cónyuges, por ejemplo, sino suje-

ción de la mujer al hombre, mientras no existe igualdad de derechos entre ellos. No hay conflicto sino opresión y revuelta en el mundo del trabajo, si no hay libertades sindicales, derecho de huelga y garantías de los demás derechos de los trabajadores. No hay conflicto social sino ruptura violenta del pacto de convivencia, si no se garantizan a todos, con los derechos sociales a la supervivencia, los mínimos vitales. No hay competencia en el mercado sino dominación, si los poderes de las empresas no están limitados por los derechos civiles y los demás derechos fundamentales de todos. No hay conflicto político sino guerra —interna o externa—, si los sujetos en conflicto no se reconocen como personas igualmente titulares de los mismos derechos fundamentales. El conflicto pacífico supone siempre la igualdad de los contendientes tal y como resulta de los derechos de libertad —de reunión, de asociación, de palabra, de prensa—, además de los derechos sociales. En otro caso está destinado a degenerar en la violencia. Y el grado de violencia salvaje que también permanece en los conflictos civiles es siempre la señal de una desigualdad o de asimetría en los derechos, advertida como intolerable por alguna de las partes en conflicto.

Por otro lado, como se ha dicho en el parágrafo anterior, toda conquista de derechos fundamentales es el fruto de luchas colectivas que ponen fin al sentido de normalidad y naturalidad que ocultaba una precedente opresión y generan por ello *cohesión*, *solidaridad* e *identidad común* entre cuantos se afanan en su reivindicación. Es la universalidad de tales derechos, bajo este primer aspecto, lo que de tanto en tanto convierte a aquéllos en un sujeto colectivo (T3.46), socialmente unificado, precisamente, por el carácter universal e incluyente, más que corporativo y excluyente, de sus reivindicaciones. Además, como ya se ha observado en el § 13.10, la igualdad en los derechos está en la base de la percepción de los demás como iguales aunque diferentes, y por ello del sentido de común unión y solidaridad; en cambio, a la inversa, la desigualdad en los derechos, como enseña la historia de todas las discriminaciones, alimenta la percepción racista, clasista o sexista de los distintos como naturalmente desiguales por ser jurídicamente desiguales e impide por ello la formación de comunes identidades civiles y políticas. Bajo estos dos aspectos podemos pues distinguir dos significados de *solidaridad*, conectados ambos a la fenomenología de los derechos fundamentales y correspondientes a los diversos significados de «pueblo» identificados en su momento (D7.16, T7.87-T7.89, T12.169): la solidaridad *dinámica* que se manifiesta en la acción de sujetos colectivos unidos por la reivindicación o la defensa de un derecho fundamental (T7.87); y la solidaridad por así decirlo *estática*, que se expresa en la percepción de los demás como iguales en cuanto unidos por la titularidad de los mismos derechos fundamentales (T7.89, T12.169). Se trata, en ambos casos, de una dimensión pragmática de los derechos, al mismo tiempo *pasiva* y *activa*: ya que el igual derecho de cada uno a omisiones por parte de todos y a prestaciones por parte de la esfera pública equivale, como se dijo desde el § 3.4, a la cons-

ciencia de los deberes que todos y la esfera pública tienen respecto de cada uno[66]. En esta indivisibilidad de los derechos se manifiesta el nexo no sólo entre individualismo y universalismo, sino también entre universalismo y solidaridad y, por tanto, entre todas y cada una de las tres dimensiones de los derechos fundamentales correspondientes a las tres clásicas palabras de la Revolución francesa: *liberté, egalité, fraternité*.

Esta tercera dimensión de los derechos fundamentales, representada por la solidaridad, aunque olvidada, es la principal condición pragmática de su efectividad primaria. Si alguno es titular de un derecho fundamental, entonces *todos* son titulares de él. Si un derecho fundamental es reivindicado por algunos, entonces es reivindicado por *todos*. Es conforme a esta solidaridad, consiguiente a la universalidad y la indivisibilidad de los derechos fundamentales, como se desarrollan el *amor propio*, es decir, el sentido de la propia identidad de persona y de ciudadano y, a la vez, el reconocimiento de los otros como iguales[67]: la consciencia de los propios derechos y de los deberes ajenos y, a la vez, de los derechos de los otros y de los propios deberes. El llamado «espíritu» o «sentimiento cívico», así como el «sentimiento de pertenencia» a una comunidad política, al igual que lo que Herbert Hart llamó la «aceptación interna» y espontánea del derecho, no son otra cosa que el fruto de este sentimiento de reciprocidad y, por tanto, de solidaridad y lealtad política y social sin la cual ningún ordenamiento jurídico podría funcionar. «Le peuple français», afirma el último artículo de la Constitución francesa del año III, «remet le depôt de la présente Constitution à la fidélité du Corps législatif, du Directoire exécutif, des administrateurs et des juges; à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les français» [confía el depósito de la presente Constitución a la fidelidad del Cuerpo legislativo, del Directorio ejecutivo, de los administradores y de los jueces; a la vigilancia de los padres de familia, a las esposas y a las madres, al afecto de los ciudadanos jóvenes y al coraje de todos los franceses]. La efectividad de la constitución y del derecho está confiada, por la constitución misma y por el pueblo constituyente, a este tejido social de base: a la fidelidad y a la lealtad de los poderes públicos, a la vigilancia, la afección y el empuje de todos los ciudadanos.

Existe, así pues, una interacción entre *efectividad* del derecho y de los derechos, *sentimiento cívico*, *conflicto político* y *solidaridad social*. No se dan derechos efectivos que no sean conquistados y compartidos pero también defendidos y practicados sin conflictos y a la vez sin solidaridad, unos y otra activados y generados por la efectividad de los derechos mismos. Los derechos fundamentales suponen la solidaridad en los dos sentidos, activo y pasivo, antes distinguidos. Y la solidaridad, a su vez, se genera por los derechos como sentimiento o sentido común. Ningún derecho, se ha dicho en los §§ 11.18 y 13.9, ha caído nunca del cielo. Todos han sido siempre el producto de luchas y reivindicaciones informadas por el sentimiento compartido de su valor y, consiguientemente, del valor de la igualdad. Al mismo tiempo la consagración jurídica de los

derechos vale para transformar en sentir común tanto su valor como el valor de la igualdad. Así ha sido para todos los movimientos de lucha —de las revoluciones liberales a las luchas obreras, del movimiento de las mujeres a los distintos movimientos por los derechos civiles— que en cada ocasión han renovado y enriquecido el pacto social y a la vez los contenidos y las dimensiones de la solidaridad. El sentido cívico, que es la primera garantía social de la efectividad de la democracia, no es más que el pacto social permanentemente en acto y constantemente renovado por cada conquista de nuevos derechos.

La relación entre derecho y solidaridad es en suma, en el plano fenomenológico, una relación ambivalente. Por un lado, los derechos son la vía y la forma del conflicto pacífico, dentro del cual se manifiestan como sentimiento de los propios derechos y de los deberes ajenos; por el otro, sirven para generar el reconocimiento de los demás como iguales y, por ello, el sentido solidario de sus derechos y de los propios deberes correspondientes. Bajo el primer aspecto forman el vehículo de la transformación y la evolución del derecho, de acuerdo con las dinámicas sociales. Bajo el segundo, forman la base de su conservación y estabilidad, al ser la solidaridad la principal condición pragmática de su efectividad y de su concreto funcionamiento.

Por otro lado, en el plano axiológico, la solidaridad, como ya he dicho, no es exigible jurídicamente. Al contrario, su prescripción es incompatible con el paradigma del estado constitucional de derecho en aras del postulado liberal, que ilustraré analíticamente en el § 15.2, según el cual el derecho no puede imponer actitudes morales o sentimientos políticos. Pero es claro que en todo esto no hay ninguna contradicción. Los dos nexos —el uno de implicación y el otro de incompatibilidad— tienen en realidad dos estatutos distintos, puesto que es distinto el significado de las relaciones por ellos instituidas. La tesis de la implicación entre derechos y lazos sociales es una tesis sociológica de tipo asertivo, al ser la relación expresada por ella un nexo de «ser» y no de «deber ser». La tesis de la incompatibilidad es en cambio una tesis filosófico-política de tipo normativo, y precisamente un principio del estado liberal, al ser la relación expresada por ella un nexo no de «ser» sino de «deber ser». El derecho, conforme a la primera tesis, supone siempre, para funcionar, algún grado de adhesión moral, es decir, de sentimiento de su obligatoriedad, de solidaridad y de lealtad institucional como condiciones de su efectividad. Un ordenamiento jurídico rige si su sentido normativo es socialmente compartido. Un matrimonio e incluso una relación contractual funcionan si están basados en la confianza recíproca. Pero el derecho no debe, conforme a la segunda tesis, imponer ninguna adhesión moral, so pena de su involución en sentido totalitario. En otras palabras, no puede exigir jurídicamente ese mismo sentimiento cívico del que depende su efectividad y que es de hecho generado por su misma efectividad. En el plano sociológico implica el sentimiento de obligatoriedad, a falta del cual es inefectivo. Pero no puede ni debe pretenderlo

en el plano jurídico. Lo implica de hecho pero no de derecho. Puede pretender la obediencia jurídica pero no la adhesión moral, incluso si ésta es de hecho indispensable, ya que en tal caso esa adhesión dejaría de ser tal, esto es, autónoma y espontánea, y el derecho asumiría valencias inevitablemente autoritarias o, lo que es peor, totalitarias, degradándose a formas nefastas de legalismo ético. Ciertamente, nos adherimos al estado democrático de derecho. Pero la principal razón por la que nos adherimos a él, repito, es que nuestra adhesión no es jurídicamente debida. En pocas palabras, el paradigma liberal del estado de derecho no puede imponer jurídicamente las condiciones pragmáticas y las garantías sociales de su misma efectividad.

13.13. *Democracia y economía. Los costes de los derechos y los costes de omitir su garantía. El gasto social como inversión pública productiva*

El principal problema comúnmente suscitado a propósito de los derechos fundamentales y de la democracia constitucional es que tales derechos, y en particular los derechos sociales, cuestan y que por tanto —ésta es la consecuencia que se suele extraer de ello— su plena realización, al menos en los países más pobres, sería imposible y equivaldría a una utopía. La satisfacción de estos derechos sería nada más que un lujo de los países ricos, subordinado, por encima de todo, a las exigencias del desarrollo de la economía. Sería en cambio inverosímil a nivel planetario. También por eso los derechos fundamentales estarían en conflicto entre sí —los derechos civiles y los derechos de libertad con los derechos sociales, y los derechos sociales entre sí—, de modo que la realización de unos iría en detrimento de la de otros. Por otro lado, añaden en particular los defensores del libre mercado, los derechos fundamentales, con sus límites y sus vínculos, representarían un freno al desarrollo económico; mientras que la falta de obstáculos jurídicos a las dinámicas de la libre empresa representaría el principal factor de producción de la riqueza e iría por ello en conjunto en beneficio de todos, incluso de los más pobres y los más débiles.

Todos éstos, a mi modo de ver, son lugares comunes que en gran parte hay que desenmascarar. Ciertamente, los derechos fundamentales cuestan[68]. Y cuesta, consiguientemente, la democracia constitucional. Cuestan sobre todo, naturalmente, los derechos sociales y la democracia social, que exigen prestaciones positivas a cargo de la esfera pública: educación obligatoria, asistencia sanitaria para todos, subsistencia y previsión para los necesitados. Pero cuestan también los derechos individuales. Todos los derechos individuales, en efecto, como se dijo en general en el § 10.11 a propósito de los derechos subjetivos, son situaciones moleculares. Si son individuales, consisten esencialmente en derechos negativos (D11.11), a los que corresponden prohibiciones de lesión (T10.136), y,

si son sociales, consisten esencialmente en derechos positivos (D11.10), a los que corresponden obligaciones de prestación a cargo de la esfera pública (T10.135). Pero también los derechos individuales, de los derechos de libertad a los derechos de autonomía, incluyen expectativas positivas y exigen por tanto un «hacer» de la esfera pública. Los derechos civiles y los derechos de libertad, por ejemplo, exigen las garantías de la seguridad confiadas a las funciones de policía. Lo mismo vale para los derechos patrimoniales. Incluso los derechos políticos comportan, para la esfera pública, la obligación de prestaciones positivas: como la financiación de los partidos políticos, la organización de las campañas electorales y de las operaciones de voto, la misma formación de las instituciones representativas y de gobierno. Todos, además, incluyen las expectativas positivas satisfechas por las garantías secundarias o jurisdiccionales, es decir, de la obligación de comprobar, sancionar y, si es posible, reparar las violaciones de las respectivas garantías primarias. Y tanto las garantías primarias como las garantías secundarias exigen la mediación, como instituciones de garantía (D12.16), de complejos y costosos aparatos burocráticos, administrativos y judiciales a cargo de las finanzas públicas.

Es sin embargo un *non sequitur* la tesis de que el coste de los derechos haría imposible su plena satisfacción. Ante todo, las instituciones políticas, comenzando por el Estado, no son sociedades comerciales con fines de lucro. El crecimiento económico y la producción de la riqueza, aun siendo necesarios para las funciones públicas asignadas a ellos, no representan sus objetivos ni tampoco sus parámetros de legitimidad. Sus objetivos, cuya realización satisface su razón social, son los establecidos por sus estatutos, es decir, por las constituciones: son, en las democracias constitucionales, la garantía de la paz y de los derechos vitales —políticos, civiles, de libertad y sociales— constitucionalmente establecidos (T12.117, T12.166). El estatuto del Estado italiano, por ejemplo, es la Constitución republicana de 1948, cuya razón social es la garantía de la paz, los derechos y los demás principios de justicia formulados en sus normas sustanciales.

Por eso es absurda la tesis de que la democracia cuesta mucho. Si pensamos en los vistosos incumplimientos de los derechos sociales, en las espantosas bolsas de miseria y en las enormes desigualdades en el mundo e incluso dentro de los países más ricos, debemos por el contrario concluir que cuesta demasiado poco, vergonzosamente poco. Muy otros deberían ser los costes, los medios, las asignaciones necesarias para realizar el proyecto constitucional, a nivel estatal y, todavía más, a nivel internacional: para derrotar a la pobreza, a las enfermedades, al hambre y al analfabetismo. Uno de los lugares comunes más miserables es la idea de que la cualidad de un sistema político se mide por el producto interior bruto, cuyo aumento terminaría por favorecer también a los más débiles. Ocurre en cambio que el simple aumento de la riqueza como sea genera en todo caso el crecimiento de la desigualdad, cuya percepción, más allá de ciertos límites, es aún más intolerable que la pobreza.

Pero sobre todo, si es cierto que los derechos fundamentales cuestan, es también cierto que cuestan bastante más que sus violaciones y sus incumplimientos. Éste es un hecho habitualmente ignorado. Habitualmente, el desarrollo económico viene asociado, por la ideología liberal, al solo ejercicio de los derechos civiles de autonomía empresarial. Sólo el mercado sería un factor de producción de la riqueza, por él incentivada con la perspectiva de los beneficios. Sólo el libre cambio de mercancías y la explotación del trabajo contribuirían a la acumulación primitiva, necesaria para el desarrollo de las estructuras y las infraestructuras productivas. Pero ésta es una visión excesivamente restrictiva de las causas del desarrollo, todavía más que la que mide su crecimiento por el solo aumento del producto interior bruto. Como ha sido ampliamente mostrado por Amartya Sen, todas las libertades fundamentales son otros tantos factores de desarrollo y de crecimiento del bienestar y de la producción, dado que sirven para promover las que él ha llamado las capacidades fundamentales de la persona[69]. Sin libertad de prensa y sin democracia política no es posible el control sobre el correcto ejercicio de los poderes públicos. Sin libertad de pensamiento no existe investigación ni desarrollo intelectual, cultural y tecnológico. Sin garantía de los derechos de libertad, tanto activos como pasivos, no se dan ni siquiera iniciativa económica y seguridad de los mercados y las inversiones.

Esta tesis de Sen debe ser, en mi opinión, ampliada. Todos los derechos fundamentales, y no solamente los derechos de libertad, son, cada uno por razones y de maneras distintas, factores o presupuestos del crecimiento económico. A la inversa, sus violaciones e incumplimientos no sólo producen una degradación de las condiciones de vida de las personas, sino que concluyen siempre también en una destrucción de energías y en una reducción de la productividad y la riqueza. Esto vale claramente, además de para las libertades fundamentales, también para los derechos sociales —a la salud, a la educación y a la subsistencia—, quizá todavía más esenciales para el desarrollo de la seguridad y de la economía. El mismo Sen ha mostrado los extraordinarios efectos positivos que ha tenido sobre el desarrollo industrial y el crecimiento de la riqueza, primero en Japón y luego en China, el aumento de los niveles de educación y, consiguientemente, de los trabajos cualificados, la investigación y el desarrollo tecnológico[70]. Pero lo mismo puede decirse, con mayor razón, para los derechos a la alimentación básica y a la salud, todavía más prejudiciales respecto de todos los demás derechos. La garantía de estos derechos a los mínimos vitales —el acceso al agua, a los fármacos esenciales, al alimento o al menos a una renta de subsistencia, no menos que a la educación básica— es el presupuesto no sólo de la supervivencia individual sino también del desarrollo económico del conjunto de la sociedad. La malnutrición y la desnutrición, en efecto, no sólo llevan a la enfermedad y la muerte sino que prejuzgan cualquier posible desarrollo: el desarrollo de la persona, de la que minan las capacidades cognitivas y productivas comprometiendo sus actitudes tanto manuales como inte-

lectuales; el desarrollo de la economía, dado que sofocan, junto con la productividad, el crecimiento de la riqueza. En suma, el hambre injerta un círculo vicioso perverso: provoca enfermedades que desvían hacia los fármacos las ya pobres rentas de las familias; reduce las capacidades productivas de las poblaciones; genera revueltas, conflictos sociales y desórdenes civiles; es, en fin, el principal factor de la criminalidad de subsistencia. Hoy, como se verá en el capítulo XVI, más de un millardo de personas sufren el hambre y la sed y decenas de millones mueren cada año por enfermedades o por falta de agua y de la alimentación básica. Ésta no es solamente una catástrofe humanitaria intolerable. Es también la principal razón de la falta de desarrollo económico de gran parte del planeta.

Los derechos fundamentales son en suma un factor y un motor del desarrollo, no sólo civil sino también económico. Pensemos en los derechos de las mujeres, y en particular en el derecho a la autodeterminación de la maternidad. La efectividad de este último derecho supone y a la vez se encuentra entre los principales factores de la independencia de la mujer respecto del hombre, de su grado de educación, de sus posibilidades de acceso al trabajo, es decir, de la garantía de todos sus demás derechos civiles, de libertad y sociales. Es el presupuesto, como ha mostrado también Amartya Sen, de la emancipación de las mujeres respecto de los vínculos domésticos y, por ello, de sus libertades y de su participación en la vida civil, política y productiva. Y es también la forma de (auto-)control y de reducción de los nacimientos, y por ello de la desactivación de la llamada «bomba demográfica», más respetuosa con la dignidad de la persona.

La garantía de todos los derechos fundamentales sancionados como vitales —no sólo de los derechos de libertad, sino más todavía de los sociales— no es pues solamente un fin en sí mismo, sino que es también un medio del desarrollo económico. La prueba histórica de este nexo entre satisfacción de los derechos sociales y desarrollo está por lo demás a la vista de todos, puesto que la proporciona la experiencia misma de los países ricos. Seguramente el mayor desarrollo económico, el mayor bienestar, las mayores riquezas de estos países respecto del resto del mundo, así como respecto a su pasado, se deben en gran parte, además de a la explotación del resto del planeta, a la mejora de las condiciones generales de vida: a la mayor educación, al mejor estado de salud, a las mayores energías dedicadas por cada uno al trabajo y a la investigación. Tanto que bien podemos decir, invirtiendo el prejuicio de la contraposición entre garantías de los derechos y desarrollo económico[71], que la mejor política económica, la más eficaz para promover el desarrollo, así como la mejor política en materia de seguridad y prevención de los delitos, es una política social dirigida a garantizar los derechos vitales de todos; y que el gasto público necesario para tal fin no ha de concebirse como un costoso pasivo en los balances públicos, sino como la forma de inversión pública sin duda más productiva.

Si todo esto es cierto, es por otro lado posible invertir otro de los lugares comunes recordados al comienzo: la idea de que el conjunto de los derechos no podría superar un determinado umbral de garantías, dado que toda expansión de unos y otras sería a costa de otros derechos: la tesis de la llamada «suma cero»[72]. Esta tesis viene clamorosamente desmentida por la experiencia histórica de nuestros países, que en los dos últimos siglos han conocido un crecimiento constante de las cantidades de derechos fundamentales conferidos a las personas, además de la calidad y la efectividad de sus garantías, simultáneamente al máximo desarrollo de sus economías y de la producción de la riqueza. Si acaso, se puede formular un principio opuesto al de suma cero: el principio de la tendencial sinergia entre las garantías de todos los distintos derechos fundamentales. Cada una de las cuatro clases de estos derechos, podemos afirmar, forma un presupuesto de la garantía y de la efectividad de todas las demás. A la inversa, la reducción de las garantías de cada derecho reduce también las garantías de todos los demás. Sin garantías políticas perecen las garantías civiles, no menos que las liberales y sociales. Por otro lado, los derechos políticos son simple lustre si no están aseguradas las libertades fundamentales, de la libertad de prensa, de reunión y de asociación al derecho a la información. Y tanto éstas como aquéllos están destinados a permanecer inefectivos si no van acompañados de concretas garantías de los derechos sociales, conquistadas y defendidas, a su vez, gracias al ejercicio de los derechos civiles y de libertad.

Ciertamente, como se ha dicho, las garantías de los diversos tipos de derechos y las correlativas dimensiones de la democracia son lógicamente independientes entre sí: puede haber democracia política y civil sin democracia liberal, y democracia liberal sin democracia social. Pero esto no impide que las garantías civiles, las liberales, las políticas y las sociales, junto a las conectadas esferas públicas, se hayan reforzado siempre entre sí. Frente a las actuales tendencias de las políticas neoliberales al desmantelamiento de la esfera pública y del estado social, hay que insistir más que nunca en que donde no hay esfera pública no hay desarrollo; y que la historia del estado de derecho y la historia del desarrollo económico y civil son dos historias paralelas, simultáneamente desarrolladas a través de una larga lucha contra los poderes salvajes, tanto políticos como económicos, dirigida a limitarlos y a dirigirlos hacia la garantía, de vez en vez, de un mayor número de derechos de todos.

13.14. *Conflictos entre derechos y ponderación judicial. Discrecionalidad política y discrecionalidad judicial*

Luis Prieto Sanchís ha criticado esta concepción mía «fuertemente coherentista» del conjunto de los derechos constitucionalmente establecidos, poniendo de manifiesto su «sorprendente» constaste con mi «visión conflictualista del sistema jurídico», caracterizado por inevitables antino-

mias y lagunas respecto de su «deber ser constitucional»[73]. Ya he hablado incidentalmente de la cuestión de los conflictos entre derechos en los §§ 11.6, 13.4 y 13.5. Conviene, sin embargo, recapitular sus términos y afrontarla sistemáticamente, debido a su indudable centralidad en la teoría de la democracia constitucional.

No pienso en absoluto que no se den conflictos entre los derechos fundamentales. Ésta sería una extraña tesis ético-cognoscitivista, que por lo demás vendría desmentida por cualquier texto constitucional que previera simultáneamente derechos palmariamente en conflicto: por ejemplo, el derecho de huelga sin límite alguno de materia, incluido por tanto el derecho de abstenerse del trabajo en los hospitales, y el derecho a la salud igualmente ilimitado; o bien entre los derechos de libertad activa, por ejemplo de palabra, sin los límites a ellos impuestos por los derechos de inmunidad del secreto o de la tutela de la reputación respecto de difamaciones o calumnias[74]. Lo que no comparto es únicamente la tendencia difundida en la actual filosofía jurídica a generalizar, enfatizar y dramatizar la existencia de los conflictos sin distinguir siquiera entre los distintos tipos de derechos, con una suerte de complacencia en descubrir y en imaginar cuantos más mejor, a veces con ejemplos de casos extremos o fantásticos. Tal inclinación, sobre todo cuando afecta a las relaciones entre el ejercicio de los derechos secundarios de autonomía y el ejercicio de los derechos fundamentales, sirve en mi opinión para secundar las naturales tendencias de los primeros, consistentes en (derechos-)poderes, a acumularse en formas absolutas y, en general, a debilitar la fuerza vinculante de los segundos. En efecto, no podemos ignorar que las amenazas más graves a la democracia constitucional provienen hoy de dos poderosas ideologías de legitimación del poder: la idea de la omnipotencia de las mayorías políticas y la idea de la libertad de mercado como nueva *Grundnorm* del actual orden globalizado.

Distinguiré tres cuestiones relativas a nuestro problema: *a*) la relativa a la naturaleza de los conflictos lamentados, que exige un análisis diferenciado de los distintos (supuestos) derechos en conflicto; *b*) la relativa a sus criterios de solución, generada por el carácter a veces indeterminado del límite que cada derecho encuentra en las garantías de los demás; *c*) en fin, la de los espacios de discrecionalidad en los cuales, a mi modo de ver, se resuelven gran parte de los conflictos pensables.

La primera cuestión puede ser articulada a su vez distinguiendo cuatro tipos de relaciones entre derechos de los cuales, según mis críticos[75], habría ignorado o minusvalorado el carácter conflictivo: precisamente, las relaciones con los demás derechos fundamentales *a*) de los derechos de libertad-inmunidad, *b*) de los derechos de libertad activa, *c*) de los derechos sociales y *d*) de los derechos de autonomía, tanto civiles como políticos.

El primer tipo de relación, como he mostrado en el § 11.6, no da lugar a ningún conflicto: los derechos de libertad-inmunidad, como la libertad de conciencia o la inmunidad de torturas, no comportan nin-

gún ejercicio sino sólo la expectativa negativa de su no lesión (T11.78), no interfieren con otros derechos fundamentales, en los que por tanto no encuentran ningún límite y respecto al ejercicio de los cuales, por el contrario, son ellos mismos un límite (T11.80)[76]. Bien pueden aparecer conflictos, en cambio, como he sostenido varias veces, entre derechos de libertad activa y otros derechos fundamentales: piénsese en los conflictos entre libertad de información y derecho al secreto o a la propia reputación; o entre derecho de huelga y derecho a la salud si aquél fuera ejercitable sin límites por el personal sanitario. Pero se trata, en estos casos, de un «conflicto» resuelto habitualmente, y no por casualidad, por las mismas constituciones: por ejemplo, por el artículo 21, párrafo 3, de la Constitución italiana, que prevé que algunos actos de ejercicio de la libertad de manifestación del pensamiento, como la injuria y la difamación, sean configurados como «delitos»; o por el artículo 40 de la misma Constitución, según el cual «el derecho de huelga se ejerce en el ámbito de las leyes que lo regulan»[77]. En cuanto al tercer tipo de relaciones, los costes económicos y las dificultades de hecho que encuentra la satisfacción de los distintos derechos sociales no deben confundirse con los conflictos entre derechos. Simplemente, hay que reconocer las inevitables opciones políticas en orden a la prioridad y a la medida de su satisfacción[78]. Se podrán establecer, como se dirá en el § 15.18, vínculos constitucionales presupuestarios al gasto público. Pero es claro que, respetando la obligación de una legislación de realización que satisfaga los «contenidos esenciales» de tales derechos[79], aquellas opciones corresponden al legislador ordinario y a la Administración Pública y ninguna constitución podrá nunca predeterminar su medida.

Queda, en fin, la cuarta clase de relaciones, la que sin duda es más importante porque afecta al corazón de la democracia constitucional: las relaciones entre derechos y poderes, es decir, entre los derechos sociales y de libertad y, enfrente, los derechos-poder de autonomía, sean políticos o civiles; en pocas palabras, entre Estado y mercado, por un lado, y derechos fundamentales, por el otro. Ya he mostrado, en los §§ 11.6 y 13.5, que el ejercicio de los derechos políticos y civiles (y no ya su titularidad), al consistir en actos negociales o legislativos de grado subordinado al nivel normativo al que, al igual que todos los demás derechos fundamentales, pertenecen, está con éstos en relación no ya de conflicto sino de subordinación (T11.77)[80]. Esta tesis ha sido criticada por Paolo Comanducci, que ha visto en ella la institución de una «neta jerarquía» de tipo «normativo» en sentido «ético-político», «instrumental a la consecución de fines o valores ético-políticos»[81]. En realidad, si sometemos a análisis la estructura en grados de cualquier ordenamiento, es fácil descubrir que la relación de grado (D5.4-D5.6) procede siempre entre situaciones de las que una es efecto del acto del que la otra es modalidad, o entre actos de los que uno es realización de la situación de la que el otro es causa (T6.48-T6.59, T8.81-T8.84). La jerarquía por ello no procede según la formulación elíptica que me atribuye Comanducci,

entre derechos primarios (sean de libertad o sociales) y derechos secundarios (o de autonomía política y civil), todos igualmente fundamentales, universales e indisponibles por sus titulares. Aparece más bien entre las normas constitucionales por las que unos y otros son establecidos y las normas legislativas o negociales producidas, en un nivel de grado inevitablemente inferior, unas por el ejercicio de los derechos políticos mediado por las instituciones representativas y las otras por el ejercicio de los derechos civiles. El desnivel depende en suma del hecho de que las normas del primer tipo son normas sobre la producción de las del segundo tipo[82] (T9.100-T9.104).

No menos relevante es la segunda cuestión más arriba señalada: la relativa a los criterios de solución de los conflictos, por lo demás redimensionada y desdramatizada por cuanto se ha dicho en orden a la primera. Sobre esta cuestión comparto la afirmación de Luis Prieto según la cual no siempre existe «una nítida frontera» entre los derechos y los límites a ellos impuestos por otros derechos: estos «derechos», dice él, «están limitados, pero los límites también lo están y precisamente por los propios derechos, sin que desde la constitución pueda deducirse en qué casos triunfan unos u otros. De ahí el juicio de ponderación que tan corriente resulta en la jurisprudencia sobre derechos»[83].

De ahí se sigue que tal juicio, habitualmente confiado a la jurisdicción constitucional, al exigir una elección entre varias soluciones constitucionalmente posibles, está inevitablemente caracterizado por un grado más o menos amplio de discrecionalidad interpretativa. Bajo este aspecto, sin embargo, el juicio constitucional, si bien basado en la ponderación entre varios principios constitucionales, no es distinto, en el plano epistemológico, de cualquier otro juicio jurisdiccional (T12.59-T12.63). Se trata siempre de un juicio vinculado a la «comprobación» de sus presupuestos, siquiera sea en el sentido aproximativo y relativo que es propio de toda comprobación jurisdiccional. Podemos mantener también que el juicio constitucional ponderado comporta a veces un espacio mayor de discrecionalidad que el juicio ordinario de subsunción. Pero este espacio se da —a veces en mayor medida (piénsese en la indeterminación de muchísimos tipos penales)— en cualquier tipo de jurisdicción, dependiendo su medida de la semántica del lenguaje de las normas o de los principios aplicados[84]. En efecto, debemos reconocer que también la jurisdicción, sea ordinaria o constitucional, comporta siempre, por los espacios inevitablemente abiertos a la discrecionalidad interpretativa y a la valoración probatoria, una específica *esfera de lo decidible*: aquella precisamente ligada a la *decidibilidad* de la verdad procesal y, precisamente, al carácter *opinable* de la verdad jurídica y al carácter *probabilístico* de la verdad fáctica[85].

Obviamente, la jurisdicción dispone de una esfera de lo decidible bastante más restringida que la abierta a la legislación, al estar vinculada a la aplicación sustancial (D12.19, D9.37) y no simplemente limitada, como las funciones de gobierno, por el respeto a las normas sobre la

producción (D12.11, D9.35). Pero una esfera de lo decidible está siempre conectada al ejercicio de cualquier poder, incluso al ejercicio del poder judicial, consistente siempre en una actividad decisional además de cognoscitiva. En suma, el hecho de que las funciones y las instituciones de garantía sean puestas como baluarte de la «esfera de lo indecidible» no quiere decir en absoluto que al defender tal esfera —es decir, al valorar las indebidas antinomias y lagunas, y más en general al juzgar y resolver los casos que se le presenten— la jurisdicción no desarrolle una actividad que se mueve a su vez dentro de una «esfera de lo decidible» inevitablemente discrecional y caracterizada bastante a menudo por juicios de valor.

Llego así a nuestra tercera cuestión: la de la relación entre discrecionalidad y conflictos. Como he mencionado al final del § 9.8, podemos distinguir dos tipos de discrecionalidad: la *discrecionalidad política*, que es propia de las funciones de gobierno y de las funciones legislativas, y la *discrecionalidad judicial*, ligada en cambio a la actividad interpretativa y probatoria exigida por la aplicación de las normas de ley al objeto del juicio. Se trata de dos tipos de discrecionalidad profundamente distintos, que remiten a las dos fuentes de legitimación a su vez distintas y diferenciadas en los §§ 12.7 y 13.5: la representación política para la legis-lación y la sujeción a la ley para la juris-dicción. Tanto una como otra implican decisiones que, sin embargo, entran en el ejercicio fisiológico de cualquier poder y cuyo espacio no es ciertamente generado, sino si acaso reducido, por los límites y vínculos impuestos por los principios y derechos constitucionalmente establecidos.

Si esto es cierto, la temática de los conflictos puede ser no sólo redimensionada, sino también iluminada por el análisis de las formas de discrecionalidad que intervienen en las decisiones llevadas a cabo en relación con los distintos tipos de derechos fundamentales. Podemos observar que de los derechos de libertad, a los que corresponden prohibiciones, se pueden predeterminar legalmente, y suelen venir predeterminados constitucionalmente, los límites (por ejemplo, la prohibición de injuria y difamación, la prohibición de reuniones armadas y de asociaciones secretas) o las posibles restricciones (por ejemplo, bajo forma de penas limitativas de la libertad personal), pero no los contenidos, al ser infinitos e indefinidos, dentro de tales límites, los actos que son su ejercicio. Por el contrario, de los derechos sociales, a los que corresponden obligaciones, se pueden predeterminar los contenidos (la asistencia sanitaria, la educación obligatoria, la vivienda, la seguridad y, en general, los mínimos vitales), pero no los límites y la medida, que dependen en cambio del desarrollo económico y civil de cada país[86].

El espacio privilegiado de la *discrecionalidad política* de las funciones de gobierno es consiguientemente el de la legislación de desarrollo de los derechos fundamentales (D12.11, D11.42). Tal espacio, en efecto, mientras que en materia de derechos de libertad es virtualmente mínimo por ser predeterminable constitucionalmente y en todo caso legalmente,

es inevitablemente máximo, por ser indeterminado y no predeterminable en cuanto a la medida, salvo la obligación de satisfacer los contenidos mínimos esenciales, en materia de derechos sociales. De las dos clases de conflictos arriba reconocidos, la primera, la de los conflictos de los derechos de libertad activa entre ellos y con los demás derechos fundamentales, se produce por eso en la medida en que los espacios de la política no están circunscritos por los límites fundamentales (D11.24) y por los límites impuestos a tales límites por las propias constituciones; la segunda, la de los conflictos entre derechos sociales, está en cambio enteramente confiada a las decisiones políticas en orden a los derechos que privilegiar y a la medida de su satisfacción, con el único vínculo fundamental (D11.25) de la garantía de los mínimos esenciales. La primera es por eso reducible, mientras que la segunda es irreducible, al corresponder al espacio fisiológico de la política: la cual, añadamos, recibe su legitimación formal de la representación y el grado de su legitimación sustancial de la medida en la que los distintos derechos fundamentales son efectivamente garantizados por ella.

Totalmente distinta es la *discrecionalidad judicial* y de todas las funciones de garantía, la cual interviene en aquella específica actividad tendencialmente cognitiva que es la aplicación de la ley, tanto ordinaria como constitucional (D12.12). Su espacio está circunscrito por la sujeción a la ley y se limita por ello a la interpretación de las normas aplicadas: las constitucionales, por los jueces constitucionales (acompañada por la interpretación de la ley ordinaria a la que afecta su juicio); las legislativas, por los jueces ordinarios (acompañada por la interpretación de la ley constitucional para valorar los perfiles de invalidez de la ley aplicable). A diferencia de la discrecionalidad política, que se manifiesta en las decisiones legislativas y administrativas que producen nuevo derecho si bien en el respeto a la constitución, la discrecionalidad de la jurisdicción y de las demás funciones de garantía se manifiesta únicamente en las decisiones interpretativas, es decir, relativas al «significado» de las normas aplicables, comenzando por el de los derechos constitucionalmente establecidos[87]. Eso debería bastar para ahuyentar el espantajo del llamado «gobierno de los jueces», que obsesiona a una parte de la filosofía jurídica y política y, obviamente, al estamento político. También el juicio de constitucionalidad consiste en realidad en la aplicación sustancial de la ley y, por ello, en una actividad cognitiva no distinta, en el plano epistemológico, de la realizada por cualquier otra jurisdicción[88]: precisamente, en la aplicación de las normas constitucionales a las leyes ordinarias, esto es, en la comprobación, por opinable que sea, de su invalidez constitucional. De ahí su legitimación legal, en lugar de político-representativa, que exige de ella, como se ha visto en los §§ 12.6-12.11, la separación y la independencia de las funciones de gobierno[89] (T12.115).

13.15. *La crisis actual de la democracia constitucional. Las lagunas de garantías y la crisis del principio de legalidad*

La democracia constitucional, tal y como se ha ilustrado hasta aquí, es un modelo teórico normativo más o menos efectivo en la práctica jurídica. La divergencia entre modelo y realidad, entre deber ser y ser del derecho, se ha dicho desde el § 2.1, es un aspecto fisiológico de la fenomenología jurídica. Y lo es más que nunca en ese modelo normativo complejo y máximamente exigente que es la democracia constitucional, caracterizada por la sujeción al derecho de los poderes supremos. En los estados absolutos, a falta de límites y vínculos a tales poderes, validez y vigencia de las leyes coinciden. Divergen en cambio en presencia de constituciones rígidas, cuyas normas, obviamente, pueden ser no sólo observadas sino también violadas o no ejecutadas. Estas divergencias entre deber ser y ser del derecho, en cierta medida fisiológicas, pueden convertirse, más allá de tal medida, en patológicas. Estas divergencias —las lagunas y las violaciones de garantías por las que son provocadas, las técnicas idóneas para reducirlas o repararlas, las posibles expansiones y las posibles rupturas del paradigma garantista— son las que se analizarán en las restantes páginas de este capítulo.

Desgraciadamente, debemos reconocer que la discordancia entre normatividad y efectividad del principio de la paz y de los derechos fundamentales está llegando —a todos los niveles del paradigma constitucional— a un punto de ruptura: al nivel del derecho interno de los ordenamientos estatales, donde se manifiesta como crisis de la capacidad regulativa del derecho provocada por el aumento de su complejidad y, a la vez, por la creciente intolerancia de los poderes, tanto públicos como privados, hacia límites y controles; y, todavía más, al nivel del derecho internacional, donde la discordancia entre modelos normativos y realidad se manifiesta en el retorno de la guerra a la escena de las relaciones internacionales, en los millones de muertos todos los años por falta de alimentación básica o de fármacos esenciales y en las catástrofes ecológicas provocadas por el desarrollo insostenible de un capitalismo salvaje que está poniendo en peligro la misma supervivencia del planeta. En pocas palabras, se está produciendo una involución neoabsolutista de nuestras democracias y a la vez una regresión de las relaciones internacionales a una especie de estado de naturaleza planetario, presa de la ley del más fuerte.

Hablaré analíticamente de todos estos aspectos de la crisis y de sus posibles remedios en los tres capítulos que siguen. Aquí me limitaré a distinguir en ella dos factores estructurales. El primero consiste en la ausencia de garantías, es decir, en la falta de cumplimiento del paradigma constitucional y, por tanto, en el *defecto de legalidad*. El segundo consiste en cambio en las violaciones sistemáticas de las garantías existentes, por incumplimiento o en todo caso por ineficacia, y por tanto en el *desarrollo de la ilegalidad*. Ambos, se ha visto, se reconocen como tales gracias a la estructura en grados del estado constitucional de derecho,

que permite leer las violaciones de sus normas superiores por omisión o por comisión, en el primer caso como *lagunas* y en el segundo como *antinomias*. El segundo factor de crisis, por lo demás, es decir, el desarrollo de la ilegalidad, se debe en gran parte al primero, esto es, al defecto de garantías, favorecido a su vez por los profundos cambios, producidos en las últimas décadas, en la fenomenología de los poderes, tanto públicos como privados.

El primer factor de crisis, *por omisión*, está determinado por la falta de realización de las normas constitucionales. Se ha visto, en los §§ 10.16, 10.19 y 12.13, la enorme importancia, teórica y práctica, de la distinción entre derechos y garantías, cuyo nexo de implicación no es óntico sino deóntico. Y se ha mostrado que en un sistema nomodinámico de derecho positivo la enunciación de un derecho fundamental, allí donde se produzca en una constitución rígida, no resulta desmentida sino violada no sólo por la presencia de normas en contraste con ella sino incluso por la falta de introducción de las debidas garantías que forma el obvio presupuesto de su tutela y satisfacción; no sólo de los vicios consistentes en antinomias (D10.43), sino también de los vicios mucho más graves consistentes en lagunas de garantías, sean formales o sustanciales, primarias o secundarias (D10.44-D10.48). Eso significa que los derechos fundamentales, al consistir en normas téticas, requieren siempre, como observancia primera y prejudicial, una *legislación de desarrollo*, primaria y secundaria, que introduzca las correspondientes garantías, respectivamente primarias y secundarias (D11.42, T11.165), en ausencia de las cuales están destinados a la que he llamado 'inefectividad estructural' (D10.55). Esta necesidad es evidente para los derechos sociales, cuya garantía comporta la institución de aparatos —escuelas, hospitales, entes de previsión y de asistencia— encargados de su satisfacción. Pero vale también para los derechos individuales, tanto civiles como de libertad, que exigen la introducción de las correspondientes prohibiciones de lesión por obra de específicas normas téticas y de las sanciones conectadas por obra de las apropiadas normas hipotéticas, además de la institución de los aparatos policiales y judiciales aptos para prevenir o sancionar sus posibles violaciones. Sin derecho penal, por ejemplo, no estarían garantizados, conforme al principio *nullum crimen sine lege*, ni siquiera el derecho a la vida y los derechos de libertad: y esto debería bastar para mostrar el absurdo del abolicionismo penal, equivalente a la abolición de las garantías primarias, además de las garantías secundarias, de los derechos y de los demás bienes considerados fundamentales[90]. Por eso —como se ha dicho desde el § 3.6— la ausencia de garantías ha de leerse como una laguna indebida que es obligación de los poderes públicos colmar y tarea de la ciencia jurídica poner de manifiesto, de manera que se exijan sus posibles integraciones.

Esta ausencia es casi total en el derecho internacional. Como veremos en el capítulo XVI —salvo pocas excepciones, la más importante de las cuales ha sido la institución de la Corte penal internacional para

los crímenes contra la humanidad—, el ordenamiento internacional está casi totalmente falto de instituciones de garantía. Pero también a nivel estatal las democracias constitucionales son incompletas bajo múltiples aspectos respecto de los apretados catálogos de principios y derechos establecidos en nuestras constituciones. Ante todo, faltan, en muchos ordenamientos, las garantías primarias de muchos derechos sociales. Y faltan, sobre todo, técnicas jurídicas aptas para constreñir a los poderes públicos a introducirlas. Faltan incluso, en muchos casos, las técnicas garantistas idóneas para impedir o para remediar el desmantelamiento, en curso en muchos países, de muchas de las garantías sociales existentes. Por otro lado, también para los derechos de libertad, como la intimidad o la libertad de información, las clásicas garantías primarias de las prohibiciones de lesión y las secundarias de la condena o de la anulación de sus violaciones se han revelado del todo inidóneas para ponerlos a salvo de las insidias y las agresiones provenientes de las nuevas tecnologías informáticas o de las concentraciones monopolísticas de los medios de información. Incluso los derechos políticos, como veremos en el próximo capítulo, pueden ser volatilizados, allí donde el ordenamiento no disponga de defensas jurídicas eficaces, por los métodos electorales adoptados, por la concentración de los medios de información y por las lesiones producidas a la representación por las derivas plebiscitarias y los conflictos de intereses.

Faltan en segundo lugar muchas garantías secundarias. La prohibición de la guerra, establecida por ejemplo por la Constitución italiana como garantía de la paz, no está acompañada por la posibilidad de prevenir o sancionar ni siquiera sus más patentes violaciones. No todas las normas constitucionales sustanciales primarias, en efecto, están garantizadas por la existencia de normas secundarias aptas para asegurar la anulación o la condena de sus violaciones. En el ordenamiento italiano, por ejemplo, lo están sólo las leyes por obra de la Corte Constitucional. Por otro lado, el acceso a los tribunales constitucionales no está abierto a todos, sino que suele estar limitado y filtrado por normas procesales restrictivas en diferentes formas. En Italia, por ejemplo, la única vía es la cuestión de inconstitucionalidad por parte de un juez, cuando éste la considere relevante y no manifiestamente infundada en el juicio sobre el que es competente.

A falta de garantías o, mejor, en presencia de la única *garantía débil* de la obligación de introducirlas, los derechos fundamentales se quedan en el estado de principios, o bien, como se dijo en el § 12.14, de *derechos débiles*. Por otra parte, por perfeccionado que esté, cualquier sistema constitucional será siempre imperfecto, incluso en el plano normativo. Nuevas violaciones, nuevas tecnologías de lo ilícito y, sobre todo, nuevas fenomenologías y tecnologías de los poderes, señalan de tanto en tanto, si no la ausencia, la ineficacia o la debilidad de las viejas garantías.

Llego así al segundo factor de la crisis de la democracia constitucional, consistente en la violación *por comisión* de las garantías existentes.

Esto afecta al principio de legalidad y, por tanto, a la estructura de la democracia constitucional y del estado de derecho en sus dos dimensiones: la dimensión formal, correspondiente a lo que he llamado «estado legislativo de derecho», y la dimensión sustancial, correspondiente a lo que he llamado «estado constitucional de derecho». Afecta, en pocas palabras, a la efectividad del estado de derecho en sentido tanto fuerte como débil, esto es, del derecho mismo en su forma positiva, tanto legal como constitucional. Y se manifiesta, en ambos aspectos, en otras tantas formas de regresión a un derecho jurisprudencial de tipo premoderno, que tiene el riesgo de trastocar todo el orden de la democracia si la crisis no se supera con una refundación y un reforzamiento de su sistema de garantías que corresponda, al menos en parte, a un nuevo, ulterior cambio de paradigma.

Bajo el primer aspecto la crisis afecta al *principio de mera legalidad*, dirigido a jueces y administradores, que forma la norma de reconocimiento del *estado legislativo de derecho*. Como se verá analíticamente en el capítulo XV, aquella se genera ante todo por el ilegalismo de los poderes, tanto públicos como privados, confortado en estos años por la ideología que identifica la «democracia» con la omnipotencia de la mayoría y la «libertad» con la falta de límites y reglas del mercado. Y viene favorecida por la inflación legislativa y por la disfunción del lenguaje legal, frutos una y otra de una política que ha degradado la legislación a administración, extraviando la distinción entre las dos funciones en el terreno de las fuentes y en el de los contenidos y permitiendo la producción de una miríada de leyes formuladas en un lenguaje cada vez más ambiguo y oscuro.

Bajo el segundo aspecto la crisis afecta al *principio de estricta legalidad*, dirigido al mismo legislador, que forma la norma de reconocimiento del *estado constitucional de derecho*. En Italia, por ejemplo, la Constitución republicana ha sido sometida en estos años a repetidas transgresiones y ataques —de las violaciones del artículo 11 a los muchos conatos de reforma, hasta el estrago intentado con la ley de revisión de 18 de noviembre de 2005, rechazada por el referéndum popular de 25 de junio de 2006*— que han desgastado, en el sentimiento cívico y en el espíritu público, su autoridad y su fuerza vinculante. No se ha tratado de una simple pérdida de efectividad de la Constitución de 1948, sino de la crisis de la idea misma de constitución como sistema de límites y vínculos y, más en general, del valor de las reglas en cuanto tales, cada vez más aparentes y descalificadas como indebidas trabas a la soberanía popular y al libre mercado por los poderes políticos al igual que por los económicos.

Hay además otro factor, todavía más vistoso, de la crisis de la legalidad y del estado constitucional de derecho. Se trata del fin del Estado nacional como monopolio exclusivo de la producción jurídica, trasladada en gran parte fuera de sus confines y, por ello, de la crisis de la unidad y la coherencia del sistema de las fuentes, junto a la del papel de

garantía de las constituciones estatales. La vieja estructura piramidal de las fuentes, que veía en el vértice la constitución, inmediatamente debajo las leyes ordinarias y luego los reglamentos y las demás fuentes administrativas y negociales, ha sido sustituida por un amasijo de fuentes pertenecientes a ordenamientos distintos, de la Unión Europea a la ONU, no siempre a la altura de los nuevos poderes transnacionales. La crisis de la soberanía estatal y de la respectiva esfera pública, no acompañada por la construcción de una esfera pública mundial, corre el riesgo de desarbolar tanto la democracia política como el estado de derecho, modelados una y otro sobre el viejo Estado nacional.

Por lo demás, como se verá mejor en el capítulo XVI, todo el proceso de integración económica mundial que se pone bajo el nombre de «globalización» bien puede ser leído como un vacío de derecho público producido por la falta de garantías primarias y secundarias, esto es, de límites, vínculos y controles frente a la fuerza tanto de los Estados militarmente más poderosos como de los grandes poderes económicos privados. A falta de instituciones a la altura de las nuevas relaciones, el derecho de la globalización viene modelándose cada vez más, en lugar de en las formas públicas, generales y abstractas de la ley, en las privadas del contrato[91], signo de una primacía indiscutida de la economía sobre la política y del mercado sobre la esfera pública. Es así como la regresión neoabsolutista de la soberanía externa (sólo) de las grandes potencias se está viendo acompañada de una paralela regresión neoabsolutista de los grandes poderes económicos transnacionales: que es un neoabsolutismo regresivo y de retorno que se manifiesta en la ausencia de reglas abiertamente asumida por el actual anarco-capitalismo globalizado como su regla fundamental, una especie de *Grundnorm* del nuevo orden económico internacional.

13.16. *La democracia como construcción jurídica. Cuatro expansiones del paradigma constitucional. Para una ciencia de la constitución*

Declive de los Estados nacionales, desarrollo de los poderes supranacionales fuera de las formas del estado de derecho y de la democracia representativa, multiplicación y confusión de las fuentes, vaciamiento del principio de legalidad tanto formal como sustancial y crisis de la política y de su capacidad proyectiva están, así pues, minando a la democracia constitucional en sus dos dimensiones, la formal y la sustancial, además de al estado de derecho en sus dos paradigmas, el legislativo y el constitucional. No es posible prever el resultado de esa crisis: si será una crisis destructiva, bajo la primacía de la ley del más fuerte, o en cambio una crisis de transición hacia un nuevo modelo ampliado de estado de derecho y de democracia. Sabemos sólo que tal resultado dependerá una vez más del papel que estén en condiciones de desarrollar la razón política

y la razón jurídica. La transición hacia un reforzamiento del constitucionalismo democrático en lugar de hacia su disolución dependerá de la capacidad de la política para refundar la legalidad —*estatal* y *supraestatal*— a la altura de los desafíos que le dirigen los diversos aspectos de la crisis antes ilustrados.

El primer desafío, el dirigido a la democracia y al estado de derecho por la crisis, dentro de los ordenamientos estatales, del principio de legalidad, tanto ordinaria como constitucional, apela al papel crítico y proyectivo de la razón jurídica en la refundación, de una parte, de la representación política y de los límites y los vínculos de la autonomía privada y, de otra, de las garantías constitucionales y legislativas de los derechos de libertad y los derechos sociales: por un lado, pues, de la dimensión formal y nomodinámica de la democracia, de la que hablaré en el capítulo XIV; por el otro, de su dimensión sustancial y nomoestática, de la que hablaré en el capítulo XV. Respecto del viejo modelo liberal del estado de derecho, el paradigma de la democracia constitucional impone en efecto una doble ampliación del sistema de las garantías: no sólo respecto de los poderes públicos sino también de los poderes privados, y en garantía no ya sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos políticos, civiles y sociales.

El segundo desafío es el dirigido a la dimensión constitucional de la democracia y del estado de derecho por las pérdidas de soberanía de los Estados, por la deslocalización fuera de sus confines de los más importantes lugares de decisión y de muchas fuentes de producción del derecho y por el consiguiente debilitamiento del carácter representativo del sistema político y del papel garantista de las constituciones nacionales. Frente a estos procesos, sin duda irreversibles, la única alternativa a la superación de la democracia constitucional, como se verá en el capítulo XVI, es la promoción de una integración jurídica y política, en adición a la integración económica, y de ahí el desarrollo de un constitucionalismo sin Estado, a la altura de los nuevos lugares, no ya estatales sino supraestatales, a los que se han trasladado los poderes más fuertes, tanto públicos como privados. Se trataría, evidentemente, de un tercer cambio de paradigma: después del derecho jurisprudencial, del estado legislativo de derecho y del estado constitucional de derecho, un cuarto modelo, un orden constitucional ampliado a nivel planetario, en condiciones de vincular a los viejos Estados nacionales y a los grandes poderes económicos transnacionales reproduciendo a su altura las formas y las garantías constitucionales.

El futuro de la democracia constitucional está pues confiado a la ampliación de su tradicional paradigma liberal y estato-céntrico —concebido para la tutela de los meros derechos civiles y de libertad, reducido como sistema de límites a los meros poderes públicos y anclado en los meros confines del Estado-nación— en una triple dirección: *a*) ante todo, para la garantía de todos los derechos fundamentales y no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos políticos y socia-

les; *b*) en segundo lugar, respecto de todos los poderes, no sólo de los públicos sino también de los económicos y privados; *c*) en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo del derecho estatal sino también del derecho internacional. Se trata de tres expansiones exigidas por la lógica interna del constitucionalismo democrático. La ampliación producida en la esfera de los derechos —de los derechos de libertad a los derechos políticos y sociales, de los derechos estipulados en las constituciones nacionales a los sancionados por las convenciones internacionales— postula en realidad una ampliación correlativa de la esfera de las garantías: hacia un *constitucionalismo social* en adición al liberal; hacia un *constitucionalismo de derecho privado*, en adición al de derecho público; y hacia un *constitucionalismo internacional* en adición al estatal. Por un lado, pues, una ampliación horizontal del constitucionalismo y el garantismo en las cuatro dimensiones aquí distinguidas —política, civil, liberal y social— de la democracia constitucional; por otro, su ampliación vertical en dirección a los poderes supranacionales. También el tradicional *garantismo liberal*, como veremos en la primera parte del capítulo XV, está por lo demás hoy en crisis y exige ser refundado. Pero lo que exige sobre todo ser desarrollado es un *garantismo político*, un *garantismo social* y un *garantismo civil*, además de un *garantismo constitucional*.

La primera expansión, en dirección a un constitucionalismo político y social más rígido y garantizado, viene impuesta por la crisis simultánea tanto de la democracia política como del estado social. El modelo tradicional de la democracia política se ha venido identificando con una especie de sacralización de sus formas elementales —el sufragio universal y el principio de mayoría— conforme a la idea de que no sólo no tendrían necesidad de tutelas garantistas específicas, sino que ni siquiera admitirían límites, vínculos y controles. Y se ha revelado por tanto inadecuado, en ausencia de garantías adecuadas, para afrontar las agresiones a la democracia expresadas por la crisis de la representación política, por sus involuciones organicistas y plebiscitarias, por la creciente confusión entre poderes políticos y poderes económicos y por los consiguientes conflictos de intereses.

Por otro lado, el estado social se ha desarrollado, en el siglo pasado, no ya en las formas de las garantías constitucionales de los derechos sociales, sino a través de la expansión de los aparatos burocráticos, el crecimiento de su discrecionalidad política y la acumulación inorgánica de leyes especiales, medidas sectoriales, prácticas administrativas e intervenciones clientelares, expuestas a la voluntad, y por tanto también a las políticas demoledoras, de las mayorías contingentes. Una segunda expansión del paradigma garantista debería pues consistir en la transformación del actual estado social burocrático en un estado social de derecho, basado lo más posible, análogamente al estado de derecho liberal, en la máxima sujeción a la ley tanto en las formas como en los contenidos de sus prestaciones: las cuales, aun con los inevitables espacios de discrecionalidad política ligados a las opciones sobre sus prioridades, deberían ser

asignadas en las formas vinculantes y según la lógica universalista de las garantías *ex lege* de los derechos, en vez de en las de las intervenciones tan a menudo arbitrarias y selectivas de tipo burocrático.

La tercera expansión del paradigma de la democracia constitucional afecta a las relaciones de derecho privado. El estado de derecho liberal nació bajo el equívoco de que el único «poder» es el público, de que la esfera privada es el reino de las «libertades» y que, por tanto, sólo de la esfera pública pueden provenir las amenazas a las libertades fundamentales. He criticado varias veces estas presuposiciones. Los poderes privados, incluidos aquellos derechos-poderes de todos que son los derechos civiles de autonomía, no son menos invasivos, amenazadores y agresivos para los derechos fundamentales que los poderes públicos. Y por tanto también ellos han de quedar sometidos a reglas, límites y controles, como por lo demás se ha hecho, aun sin diseño constitucional, por ejemplo en materia de familia y de trabajo. Precisamente, como se verá en la segunda parte del próximo capítulo, será necesario distinguir dos dimensiones del constitucionalismo de derecho privado: una negativa, consistente en el límite, impuesto a la autonomía privada, de la indisponibilidad de los derechos fundamentales y de los bienes personalísimos; y otra, tanto negativa como positiva, consistente en los límites y los vínculos impuestos a la propia autonomía por la garantía de los derechos fundamentales de otros, además de por los bienes comunes y los bienes sociales. Es sobre todo esta tercera dimensión la que es cada vez más necesaria y urgente, también por causa de la decadencia de los tradicionales vínculos de las leyes estatales en la actual economía globalizada.

En fin, la cuarta expansión del paradigma constitucional es la ya señalada de un constitucionalismo supranacional. Es ésta una perspectiva de largo alcance, diseñada por la Carta de Naciones Unidas y por las muchas declaraciones y convenciones internacionales sobre los derechos humanos pero hasta hoy desmentida, a pesar del final de la división del mundo en bloques y del crecimiento de las interdependencias, por el recurso a la guerra como medio de solución de los conflictos internacionales, por el aumento de las desigualdades y por la rígida clausura de nuestras fortalezas democráticas frente a las masas crecientes de excluidos que empujan en nuestras fronteras. Los obstáculos mayores para esta perspectiva son obviamente de carácter político, al consistir esencialmente en la falta de disposición de los países más ricos y poderosos, empezando por la superpotencia americana, a someterse al derecho. Pero existen también dificultades de carácter jurídico, dado que la perspectiva de un constitucionalismo y una esfera pública no ya sólo estatales sino supraestatales impondría, en alternativa a un improbable y ni siquiera deseable gobierno mundial, una integración constitucional a través de la creación de un espacio autónomo y común de la constitución supraordenado —como esfera de lo «indecidible que y que no»— a todos los poderes, tanto nacionales como supranacionales. Y, sin embargo, como se ha dicho, frente al vacío de derecho público representado

por la actual globalización, la realización de esta perspectiva, a través de garantías idóneas de la paz y de los derechos humanos, representa hoy la única alternativa realista a un futuro de guerras, violencias y miseria a causa del que no sólo resultarían desacreditadas nuestras democracias y la seguridad de todos, sino también minadas en sus raíces.

Es claro que una refundación de la legalidad en todas estas direcciones exige hoy el desarrollo de una ciencia de la legislación y, más todavía, de una ciencia de la constitución. La democracia constitucional, y todavía más si se amplía en las direcciones arriba indicadas, es una construcción compleja y difícil que no se desarrolla espontáneamente por efecto de las dinámicas políticas y sociales, las cuales, abandonadas a sí mismas, producen sólo, como está ocurriendo sobre todo en las relaciones internacionales, el crecimiento de la violencia, las desigualdades y el despotismo. Además de iniciativa política, exige el compromiso de la razón jurídica en la elaboración teórica y en la edificación institucional de ese sistema articulado de garantías, separaciones y equilibrios entre poderes que forman el paradigma constitucional[92]. Parafraseando una célebre frase de Gaetano Filangieri, referida, hace dos siglos, a la «legislación» como derecho por hacer en oposición al derecho ya hecho, bien podríamos decir que la constitución «es hoy», más que nunca, «este objeto común de quienes piensan»[93].

Sólo la constitución, en efecto, teniendo grado supraordenado a todas las demás fuentes y normas, puede regular —a todos los niveles, estatales, infraestatales y supraestatales— las formas y contenidos de aquéllas: enunciar con la máxima claridad las normas de reconocimiento y las razones sociales que condicionan el carácter democrático del ordenamiento, estableciendo un conjunto lo más coherente y preciso posible de los derechos fundamentales; proteger los principios constitucionales con garantías adecuadas de su rigidez; imponer una legislación de realización de tales derechos, apta para colmar las eventuales lagunas primarias y secundarias con la introducción de las respectivas garantías; prever controles de constitucionalidad no sólo sobre las leyes sino sobre cualquier acto formal lesivo de los principios constitucionales, y no sólo sobre las violaciones de la constitución por comisión sino también por omisión; limitar la inflación legislativa prescribiendo la adopción, en determinadas materias, de leyes orgánicas y en otras, como por ejemplo el derecho penal, de una reserva de código; definir con la máxima claridad y precisión la jerarquía de las fuentes y las competencias de los distintos poderes, de manera que se eviten conflictos institucionales debidos a la ambigüedad de las normas de competencia; asegurar, más en general, la taxatividad —si no de las normas sustanciales, que no siempre es posible formular en términos no valorativos— al menos de las normas formales sobre la producción y, por tanto, la certeza en orden a las condiciones de la vigencia y de la validez formal de las normas producidas.

13.17. *La correlativa expansión del paradigma garantista. La rigidez constitucional*

La expansión arriba señalada del paradigma constitucional comporta, obviamente, una correlativa expansión del paradigma garantista. El garantismo, como se dijo desde el § 7 de la Introducción, es en realidad la otra cara del constitucionalismo, equivaliendo al sistema de garantías correspondiente al modelo normativo por él diseñado[94]. Una teoría del constitucionalismo es por eso, en gran parte, una teoría del garantismo. A su vez, la construcción jurídica de la democracia constitucional es sobre todo la construcción del sistema de sus garantías.

El papel garantista de las constituciones está confiado, principalmente, a su «rigidez». Con esta expresión se suele entender la no modificabilidad de las normas constitucionales más que mediante procedimientos de revisión agravados y el control jurisdiccional de inconstitucionalidad sobre las leyes ordinarias con ellas en contraste. Se trata en realidad de una noción compleja, que aquí descompondré en varias nociones distintas: en primer lugar, la rigidez, que es un rasgo de las normas constitucionales en cuanto tales; en segundo lugar, el conjunto complejo y articulado de sus garantías constitucionales tal y como se han ilustrado en el § 12.14 y sobre las que volveré en el § 13.18; en tercer lugar, las garantías legislativas que la constitución impone introducir para la realización de los derechos y los principios en ella establecidos, igualmente mencionados en el § 12.14 y sobre los que volveré en el § 13.19.

La *rigidez constitucional*, propiamente, no es tanto una garantía como un rasgo estructural de la constitución generado, como se dijo en el § 12.10, por su colocación en el vértice de la jerarquía de las normas (T12.89-T12.90) como estatuto de la institución política instituida por el acto constituyente (T12.81); de modo que las constituciones son rígidas por definición, en el sentido de que una constitución no rígida sino flexible, es decir, modificable en las formas ordinarias[95], no es en realidad una constitución sino una ley ordinaria. En pocas palabras, la rigidez se identifica con el grado de las normas constitucionales supraordenado al de todas las demás fuentes del ordenamiento, es decir, con la normatividad de las primeras respecto de las segundas. Referida a las normas constitucionales que establecen esas expectativas universales que son los derechos fundamentales, confiere a esas normas una doble normatividad: como expectativas negativas de su no derogación o violación, a lo que corresponden las *garantías constitucionales* que sustentan la rigidez misma, y, a la vez, como expectativas positivas de su realización, a lo que corresponde la obligación de introducir las *garantías legislativas*, primarias y secundarias, a ellas correlativas.

La cuestión de la rigidez constitucional, o mejor, del grado de rigidez que está justificado asociar a una constitución, y más precisamente a los distintos tipos de normas constitucionales, es idéntica que la de la relación entre democracia política y constitución. Sobre ella se contra-

ponen desde siempre dos tesis, una «garantista» y la otra, por así decirlo, «democrática», defendidas ambas con el valor asociado al poder y al acto constituyente: la sostenida por Benjamin Constant de la inmodificabilidad de al menos algunos principios por él establecidos como fundamentales[96], al no existir ningún poder constituido superior al poder constituyente, agotado por tanto con su ejercicio; y la que procede de Emmanuel-Joseph Sieyès de la permanente modificabilidad de cualquier principio constitucional por obra de un poder constituyente constantemente en acto como expresión permanente de la democracia política y de la soberanía popular[97].

El argumento principal aducido para sostener esta segunda tesis es que una excesiva rigidez de las constituciones equivaldría a limitar los poderes constituyentes de las generaciones futuras y, más en general, los principios de la democracia política: a «atarles las manos», según una eficaz expresión corriente. Es el argumento de la primacía de la voluntad popular, expresado por el artículo 28 de la Declaración de derechos que precede a la Constitución francesa de 1793, según el cual «todo pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su constitución» y «una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras».

A este argumento, a mi parecer, hay que darle la vuelta. Ya he hablado, en los §§ 13.2-13.3, del valor sustancialmente democrático de los derechos fundamentales y de su nexo con la soberanía popular como poderes y contrapoderes conferidos a todos y a cada uno, y por tanto a todo el pueblo, sobre todo en el momento constituyente, caracterizado por el velo de la ignorancia en orden a contingentes intereses de parte. El principio del constante derecho de todas las generaciones a decidir su futuro puede ser invertido conforme a esto, en aparente paradoja, para sostener la tesis exactamente opuesta a la de la existencia de un permanente y radical poder constituyente como expresión de la soberanía popular: para sostener, precisamente, la tesis de que la rigidez de la constitución es al mismo tiempo expresión y garantía de la soberanía popular de las generaciones futuras y de los mismos poderes de las mayorías futuras. Justamente conforme a ello, en efecto, debe ser excluida la revisión al menos de los principios constitucionales supremos puestos como salvaguarda permanente de la soberanía popular y de los poderes de la mayoría: como, por ejemplo, el método democrático, los derechos políticos y el sufragio universal, los mismos derechos de libertad y los mismos derechos sociales, que constituyen el presupuesto elemental de los derechos políticos. La rigidez, en otras palabras, ata las manos de las generaciones presentes en cada momento para impedir que estas amputen las manos de las generaciones futuras. Un pueblo puede decidir también, democrática y contingentemente, ignorar o destruir la propia constitución y confiarse definitivamente a un gobierno autoritario. Pero no puede hacerlo de modo constitucional, invocando en favor de sí mismo el respeto a los derechos de las generaciones futuras o la omnipotencia de la mayoría sin suprimir con ello, junto con el método democrático,

los mismos derechos y el mismo poder correspondiente a las mayorías y a las generaciones que vendrán después de él.

Aclarado el sentido de la rigidez constitucional es fácil aclarar también la distinta naturaleza de las garantías que comporta y los dos órdenes de problemas que plantea a una teoría garantista de las constituciones. El primer orden de problemas afecta a la naturaleza, el ámbito y los límites: *a*) de las normas sobre la revisión constitucional, esto es, de las normas que para la modificación de la constitución prevén procedimientos más gravosos que los previstos para las leyes ordinarias; *b*) de las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad de los actos prescriptivos en contraste con normas constitucionales, sea por comisión o por omisión, sea por razones de forma o de sustancia. La estipulación de estas dos clases de normas no se identifica en absoluto con la rigidez, que como se ha dicho es un rasgo estructural de las normas constitucionales conectado con su grado supraordenado a todas las demás. Respecto de la rigidez, intrínseca a la estructura en grados del estado constitucional de derecho, tanto las normas sobre la revisión como las normas sobre el control de constitucionalidad son solamente *garantías*, justamente, *constitucionales* (D12.28). Precisamente, las normas sobre la revisión o sobre la exclusión de la revisión para algunas materias son sus *garantías constitucionales primarias* (D12.29), consistentes en la prohibición de la producción de normas que alteren o deroguen normas constitucionales, tanto si está condicionada como si no a la adopción del procedimiento agravado predispuesto para tal fin. Las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad son en cambio sus *garantías constitucionales secundarias* (D12.30), consistentes en la obligación de anular las normas con rango de ley en contraste con las normas constitucionales sustanciales, así como de resolver los conflictos entre poderes generados por los desbordamientos más allá de los límites a ellos adscritos por las normas constitucionales formales sobre sus competencias.

El segundo y no menos importante orden de problemas, al que se dedicará gran parte de los próximos capítulos, se refiere a la elaboración e introducción, en cumplimiento de la obligación constitucional de una legislación de desarrollo, de los distintos tipos de garantías primarias y secundarias correlativos a los distintos tipos de derechos fundamentales establecidos en los distintos niveles del ordenamiento. Nuestra tradición jurídica, tanto teórica como institucional, en realidad ha elaborado sobre todo un garantismo liberal, satisfecho con la simple omisión en vía primaria, y con las censuras en vía secundaría, de las lesiones por obra de los poderes públicos de los derechos negativos de libertad y de autonomía. Le ha resultado en cambio política y culturalmente extraño el proyecto institucional de un garantismo de derecho privado respecto de los derechos-poder de autonomía privada. En cuanto al garantismo social, se ha desarrollado bastante más en las formas burocráticas, contingentes y selectivas del *Welfare* que en las de un estado de derecho basado en el universalismo de los derechos sociales y en el carácter vinculante de sus

respectivas garantías. El modelo normativo del constitucionalismo, tal y como ha sido diseñado por las constituciones estatales y por las convenciones internacionales, impone en cambio la elaboración, también para estos derechos, tanto de un *garantismo primario* como de un *garantismo secundario*, hoy insuficiente en los ordenamientos estatales y totalmente ausente en el derecho internacional. Se trata pues de desarrollar, junto al sistema liberal de las garantías negativas como lo son en particular las penales, un sistema social de garantías positivas y un sistema correspondiente de funciones e instituciones de garantía, tanto primarias como secundarias, dirigidas a la satisfacción de los derechos sociales y a su tutela jurisdiccional.

13.18. *a) Las garantías constitucionales, primarias y secundarias*

Las garantías constitucionales (D12.28), tal y como se han definido en el § 12.14, consisten en la prohibición en vía primaria y en la anulación en vía secundaria de normas en contraste con la constitución: en pocas palabras, en los remedios aprestados contra las antinomias en el sentido aquí definido (D10.43).

Las *garantías constitucionales primarias* son garantías *negativas* (D12.29, D3.7) representadas por las normas sobre la revisión. Pueden ser más o menos vinculantes, según el grado más o menos elevado de rigidez garantizado por éstas: una rigidez absoluta donde excluyan radicalmente la revisión y una rigidez relativa donde predispongan formas más o menos agravadas de revisión. En el primer caso tenemos *límites absolutos*, formulados en algunas constituciones en términos relativamente precisos y taxativos[98] y en otras en términos más genéricos: como en la Constitución italiana, que además de la prohibición taxativa de la revisión de la forma republicana establecida por el artículo 139 contiene en el artículo 2 el límite expreso de la calificación como «inviolables» de los «derechos del hombre, tanto como individuo cuanto en las formaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad». En el segundo caso tenemos *límites relativos*, que permitirán hablar de un grado más o menos elevado de rigidez relativa, según el grado de agravación del procedimiento de revisión previsto respecto de los procedimientos legislativos ordinarios: un grado bastante débil de rigidez en la Constitución italiana, que prevé simplemente dos deliberaciones distanciadas por tres meses de las propuestas de revisión y la votación de la segunda por mayoría absoluta de los componentes de cada Cámara; un grado mucho más fuerte en otras constituciones, que para las modificaciones constitucionales prevén procedimientos bastantes más complejos y laboriosos que hacen imposibles golpes de mano sobre las cartas constitucionales por obra de mayorías contingentes[99].

Más allá de los *límites explícitos* al poder de revisión dictados por la misma constitución, existen además *límites implícitos*, ampliamente

reconocidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia debido a su naturaleza de poder no ya constituyente sino constituido. En Italia, por ejemplo, en la sentencia constitucional n.º 1146 de 1988 se ha afirmado la sustracción al poder de revisión de los «principios supremos del ordenamiento»[100]. La sentencia no ha enumerado estos principios. Pero es posible, en el plano teórico, identificarlos con los implícitos en la noción misma de constitución y de rigidez constitucional. Son límites absolutos implícitos, ante todo, los que excluyen cambios de las normas de reconocimiento del sistema político que garantizan las formas representativas de las funciones de gobierno y la separación de las funciones de garantía. Si no fuera así, en realidad, la conquista de una amplia mayoría de gobierno haría posible un golpe de estado. Pero son también límites implícitos los derechos fundamentales, que debido a su universalidad, como se ha dicho, pertenecen no ya a la mayoría sino a todos y cada uno, es decir, al pueblo entero, como fragmentos de soberanía establecidos en el pacto constitucional como su razón social.

En suma, es la propia noción de constitución, en cuanto estatuto supraordenado a cualquier otra norma del ordenamiento y pacto fundante y regulativo de los poderes públicos para la garantía de los derechos de todos, la que contiene en sí misma los límites y los espacios del poder de revisión. Ella permite trazar un criterio metajurídico relativamente preciso para distinguir entre lo que de una constitución es modificable conforme a sus normas de revisión y lo que en cambio no lo es. No puede realizarse, conforme a tales normas, ninguna modificación de la constitución que beneficie a una parte política en detrimento de otras, o que equivalga a una lesión del principio de igualdad en los derechos fundamentales.

Al tratarse de cuestiones decisivas para el futuro de la democracia, sería sin embargo oportuno que todos los límites absolutos implícitos fuesen claramente explicitados a través de su formulación en normas meta-constitucionales sobre la sustracción a cualquier poder de revisión de un núcleo duro de normas tanto sustanciales como formales: la paz, los derechos de la persona y del ciudadano, la igualdad que en ellos se basa, la división de poderes, la representatividad política de las funciones de gobierno y la separación de ellos de las funciones de garantía; en pocas palabras, todas aquellas normas identificadas en la definición D12.22 como razones sociales y como normas de reconocimiento de la democracia constitucional —la que he llamado la esfera de lo *indecidible*—, de las cuales solamente se deberían permitir extensiones y refuerzos[101]. Por lo demás, si es cierto, como se ha mostrado ampliamente, que los derechos fundamentales son la base de la igualdad y se imputan a todos y cada uno como fragmentos de soberanía y límites y vínculos a los poderes políticos de mayoría, ninguna mayoría debería tener el poder de reducirlos o suprimirlos, dado que —comenzando por los derechos políticos en los que se basa la representación e incluidas sus garantías, en las que se basa la separación de las instituciones correspondientes— no

pertenecen, como se ha dicho, a la mayoría sino a las personas naturales que son sus titulares.

Lo que las normas sobre la revisión permiten modificar, conforme a la configuración pacticia de la constitución como norma supraordenada a todas las demás, son en suma las normas que no expresan los arriba señalados como «principios supremos del ordenamiento»: en particular, todas aquellas normas formales sobre las competencias y el funcionamiento de los órganos constitucionales cuya alteración no deforme las normas de reconocimiento de la dimensión formal de la democracia. En materia de principios supremos y fundamentales son, en cambio, admitidas todas y solas las modificaciones que vayan en beneficio de todos, conforme al principio de igualdad, que es en último análisis el principio informador de cualquier constitución democrática[102]: ante todo, cualquier ampliación o refuerzo de los derechos fundamentales y de sus garantías en materia de paz, medio ambiente, información, garantías penales y procesales, derechos políticos y sociales; en segundo lugar, la elevación del quórum exigido para la elección de todos los órganos de garantía constitucional, como son, por ejemplo en Italia, el presidente de la República, los jueces constitucionales y los miembros del Consejo Superior de la Magistratura; en fin, el refuerzo de las mismas garantías constitucionales: de la garantía primaria, a través de la agravación de los procedimientos de revisión[103], y de las garantías secundarias, en las direcciones que indicaré más adelante.

Habría que prever por tanto diversos grados de rigidez para las distintas normas constitucionales, justificados por su diversa relevancia democrática: por ejemplo, la rigidez absoluta de las normas que establecen los principios supremos, como la igualdad, la dignidad de la persona y los derechos fundamentales, de los cuales se habría de prever el posible refuerzo pero no la posible reducción, además de los principios de la representación política y la separación de poderes; formas más o menos agravadas de rigidez relativa —a través de la previsión, según su importancia, de mayorías parlamentarias cualificadas diferenciadas y del referéndum popular— para las normas sobre la organización, la competencia y el funcionamiento de los poderes públicos. Habría de excluirse en fin la posibilidad de hacer pasar subrepticiamente como revisión la reescritura de toda la constitución o incluso de conjuntos heterogéneos de sus disposiciones[104]. El poder de revisión no es más que un poder de corrección por el que sólo son posibles modificaciones, derogaciones o introducciones de normas específicas exactamente determinadas, sometidas, obviamente, al control de constitucionalidad.

También las *garantías constitucionales secundarias* (D12.30), consistentes en el control jurisdiccional de constitucionalidad, pueden por otro lado ser más o menos incisivas. Históricamente se han desarrollado dos tipos de control jurisdiccional sobre la legitimidad de las leyes: *a*) el control difuso, afirmado en los Estados Unidos y en otros ordenamientos americanos y consistente, como he aludido en los §§ 10.19

y 13.7, no en la anulación sino en la inaplicación en el caso concreto de la norma constitucional, que por tanto sigue vigente aun después del reconocimiento de su ilegitimidad, salvo el valor vinculante de hecho del precedente, tanto más autorizado en cuanto esté producido por los tribunales supremos; *b*) el control concentrado, afirmado en Italia y en muchos países europeos en la segunda posguerra conforme al modelo kelseniano adoptado por la Constitución austriaca de 1920 y consistente en la anulación de las normas legales inconstitucionales por parte de un Tribunal Constitucional, que es llamado a conocer de la cuestión suscitada por un juez en el curso de un proceso, siempre que la considere relevante y no manifiestamente infundada.

De los dos modelos, el más eficaz es sin duda el segundo: «Una Constitución a la que le falte la garantía de la anulación de los actos inconstitucionales», escribió Kelsen, «no es, en sentido técnico, completamente obligatoria»[105]. En el modelo americano, por otra parte, la garantía secundaria del control de constitucionalidad es más débil que en el modelo europeo también por otras dos razones. Ante todo, por la menor separación orgánica entre el Tribunal Supremo y las instituciones de gobierno: sus nueve jueces son nombrados por el presidente de los Estados Unidos conforme a criterios inevitablemente políticos, y esto reduce, si no su independencia, asegurada por el carácter vitalicio del cargo, cuando menos su imparcialidad. En segundo lugar, por los mayores espacios de discrecionalidad de las resoluciones del Tribunal Supremo, bastante menos vinculadas, dentro de un sistema de derecho jurisprudencial como es el del *Common Law*, a la aplicación sustancial de la constitución y correspondientes al esquema bastante más indeterminado de la jurisprudencia de principios[106]. Así se explica el carácter más imprevisible y de hecho menos garantista de semejante modelo, que en su larga experiencia ha permitido resoluciones dirigidas a reducir en vez de a reforzar las garantías primarias introducidas por vía legislativa, por ejemplo en materia de derechos sociales[107].

Pero también el segundo modelo, el del control concentrado de constitucionalidad experimentado en Europa, presenta múltiples límites: bajo el perfil objetivo, puesto que afecta, por ejemplo en el derecho italiano, no ya a cualquier acto normativo en contraste con la constitución sino sólo a las fuentes primarias, es decir, a las leyes ordinarias y a todos los actos equiparados a ellas; y bajo el perfil subjetivo, puesto que, como de nuevo en Italia, legitimados para suscitar la cuestión de inconstitucionalidad suelen estar no ya los sujetos lesionados por las normas sospechosas de ilegitimidad, sino, en vía incidental, los jueces que la consideren fundada y relevante en los casos sometidos a su juicio. Respecto a este modelo, son dos las direcciones —relativas a los dos perfiles antedichos— en las que podría desarrollarse un reforzamiento de las garantías constitucionales secundarias.

Ante todo, la limitación del objeto del control de constitucionalidad sólo a las fuentes normativas primarias deja carentes de garantías secun-

darias a todas las normas constitucionales cuya violación no consiste en un acto legislativo. Hans Kelsen propuso el control de constitucionalidad también sobre los reglamentos; no sólo sobre los que tienen fuerza de ley, sino incluso sobre los «de ejecución» de leyes ordinarias y por tanto subordinados a ellas[108]. Pero todavía más importante sería la extensión del control a los actos no normativos. Piénsese en el repudio de la guerra, solemnemente enunciado como principio fundamental por el artículo 11 de la Constitución italiana y sin embargo no apoyado por ninguna garantía jurisdiccional. Estamos aquí en presencia de una laguna secundaria del todo injustificada, que debería removerse ampliando la competencia de la Corte Constitucional a la revisión de cualquier acto parlamentario o gubernativo lesivo de la constitución.

Pero es claro, en segundo lugar, que la censura de tales lesiones de la constitución, no relativas a leyes inválidas impugnables en el curso de un juicio, requeriría la extensión de la legitimación para actuar a otros sujetos. La propuesta a mi parecer más fecunda es la también avanzada por Hans Kelsen de la institución, junto al Tribunal Constitucional, de un fiscal general, por él llamado «defensor de la constitución», con la función de impugnar la ilegitimidad de cualquier acto del parlamento considerado inconstitucional[109]. Pero el mismo poder podría ser atribuido a cualificadas minorías parlamentarias o a un apropiado número de electores. En fin, un poder análogo podría ser reconocido también a las personas concretas interesadas en actuar en juicio por violaciones de sus derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Este principio, por lo demás, está establecido por el artículo 13 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950 y por el artículo 24 de la misma Constitución italiana, conforme al cual «todos pueden actuar en juicio para la tutela de sus derechos». Y quedaría satisfecho, aun con muchas y no desdeñables dificultades, con la adopción de un instituto como el *juicio de amparo*, presente en muchos ordenamientos latinoamericanos y activable por cualquier individuo contra cualquier actuación lesiva de un derecho constitucionalmente establecido[110]. Lo que no es tolerable es la ausencia, para múltiples violaciones constitucionales, de todo instrumento de activación de la garantía constitucional secundaria.

13.19. *b) Las garantías legislativas y las leyes de desarrollo de los principios constitucionales*

Todavía más importantes que las garantías constitucionales que excluyen las antinomias son las garantías cuya introducción está impuesta por la constitución al legislador ordinario y cuya falta integra lagunas. Son éstas las garantías no ya simplemente de la rigidez constitucional, sino inmediatamente de los principios y los derechos constitucionalmente establecidos: por un lado, las garantías primarias consistentes en las pro-

hibiciones de lesión de los derechos individuales y en las obligaciones de satisfacción de los derechos sociales; por el otro, las garantías secundarias consistentes en la reparación de las violaciones de las garantías primarias. También las garantías constitucionales, cuando afectan a las normas de la constitución que dictan principios o derechos, se configuran como otras tantas garantías primarias y secundarias respecto de las violaciones llevadas a cabo por leyes inválidas. Pero no agotan, como es obvio, el abanico de las garantías. Se ha de añadir a ellas las garantías primarias y secundarias de los derechos individuales de inmunidad, de libertad y de autonomía, así como las de los derechos sociales, frente a las violaciones o los incumplimientos debidos a sujetos distintos del legislador, como los conciudadanos, la Administración Pública o la jurisdicción.

Se trata, como es evidente, de los imperativos más importantes, en los que sobre todo se expresa la normatividad de las constituciones rígidas. Su introducción viene impuesta por la *obligación constitucional*, extrañamente ignorada por la teoría del derecho y por la doctrina publicística, a la que está vinculado el legislador en desarrollo de los derechos constitucionalmente establecidos. Es precisamente en esta obligación —la obligación de una *legislación de actuación*— en la que podemos identificar la *garantía constitucional primaria positiva* de tales derechos, la cual incumbe al legislador en adición a la *garantía constitucional primaria negativa* ilustrada en el parágrafo anterior y consistente en la prohibición de producir normas en contraste con la constitución salvo en los casos y en las formas previstas por las normas sobre la revisión. Y es sobre todo en el cumplimiento de esta obligación en lo que consiste la labor de construcción jurídica de la democracia constitucional. Se trata, como se dijo en los §§ 12.14 y 13.15, de una *garantía débil* a causa de la dificultad de asegurar su efectividad pero no por eso jurídicamente no vinculante, al consistir precisamente en la obligación de introducir legislativamente las *garantías fuertes* constituidas por las garantías *primarias* y *secundarias* directamente correspondientes a los derechos constitucionales establecidos.

Volvemos así a la cuestión central del garantismo: justamente, la de la distinción entre derechos fundamentales y garantías. Todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, se ha dicho en el § 13.5, exigen una legislación de actuación que disponga sus garantías, al no estar éstas producidas contextualmente con los mismos derechos garantizados, como ocurre con los derechos patrimoniales. Tómese la estipulación constitucional, por ejemplo, del derecho a la vida, o de un derecho de libertad como el *habeas corpus*, o de un derecho social como el derecho a la salud. A falta de la prohibición penal del homicidio, de las garantías procesales de la libertad personal o de una legislación social en materia de asistencia sanitaria —es decir, en ausencia de garantías fuertes, sea primarias o secundarias— tales derechos están destinados a permanecer en el papel. Pero ciertamente no diremos que no existen porque no existe, como exige la definición de derecho subjetivo, la pro-

hibición o la obligación a ellos correspondiente. Existe en realidad la obligación constitucional de introducir estas garantías fuertes, es decir, de colmar su laguna, que verifica y satisface como garantía constitucional positiva —junto a la garantía constitucional negativa consistente en la prohibición para el legislador de derogarlos so pena de invalidez— la tesis teórica del nexo de implicación entre derechos y garantías (T10.135-T10.136).

Pues bien, es precisamente en la laguna o en la inefectividad de las garantías legislativas, es decir, de leyes de desarrollo de los derechos constitucionalmente establecidos —en particular de los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la educación o a la subsistencia— donde reside hoy el principal factor de ilegitimidad constitucional de nuestros ordenamientos. Podemos en realidad identificar el grado de legitimidad del ordenamiento de una democracia constitucional mediante el grado de efectividad primaria o al menos secundaria (D10.49, D10.51) de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos; e identificar su grado de ilegitimidad mediante el grado de inefectividad, a su vez primaria y secundaria (D10.50, D10.52) de las mismas garantías, tal y como resulta de sus violaciones, y tanto más si no han sido reparadas o removidas, o, lo que es peor, mediante su inefectividad estructural, tal y como resulta de sus lagunas a su vez primarias o secundarias (D10.53-D10.55).

Naturalmente, cabe imaginar garantías constitucionales secundarias de tipo jurisdiccional para poner coto no sólo a las antinomias sino incluso a las lagunas: no sólo, por tanto, a las violaciones de la constitución por acción sino también a las violaciones por omisión, a través de la extensión a éstas del juicio de ilegitimidad constitucional. Desgraciadamente, tal extensión encuentra un límite en la naturaleza de condena y prevención o de anulación y caducidad del acto ilícito o inválido objeto de la comprobación jurisdiccional (D12.19)[111]. También el juicio sobre una laguna puede ser configurado como comprobación de un incumplimiento. A diferencia de la anulación y de la condena, sin embargo, es difícil prefigurar sus efectos concretamente reparadores.

Una solución parcial del problema se ha ofrecido, en Italia, por la jurisprudencia de la Corte Constitucional a través del recurso a sentencias llamadas «aditivas», «agregativas», «integrativas», «manipulativas» o incluso «sustitutivas». Se trata de resoluciones con las que la Corte declara constitucionalmente ilegítima una cierta norma «en la parte en la que no prevé», en contraste con la Constitución, que estén sujetos a ella determinados supuestos de hecho o determinadas personas, con el efecto de extender a éstas la disciplina indebidamente excluida para ellas[112]. Recuérdense, por ejemplo, la sentencia 190/1970, que extendió al interrogatorio del imputado, a la inspección judicial, a los cacheos y a las identificaciones el derecho previsto por el artículo 304bis del Código de Procedimiento Penal a la asistencia del abogado defensor a las pruebas judiciales, a las pericias, a los registros domiciliarios y a las identificaciones; o las sentencias 497/1988 y 288/1994, que declararon ilegítima

la norma legal sobre el subsidio de paro «por la parte en la que no prevé un mecanismo de adecuación del valor monetario en ella indicado»; o la sentencia 215/1987, que declaró la ilegitimidad constitucional de una norma legal «en la parte en la que, en referencia a los sujetos portadores de la discapacidad, prevé que 'será facilitada', en vez de disponer que está 'asegurada' la asistencia de las escuelas medias superiores»: declarando con ello que al derecho a la educación le corresponde la obligación de satisfacerlo y no ya el genérico compromiso de facilitar su realización. Se trata, en todos estos casos, de soluciones de las respectivas cuestiones de ilegitimidad constitucional, ancladas siempre en la existencia de una norma censurada como ilegítima[113]: y tanto si se considera, según la tesis a mi parecer más fundada, que «la parte en la que» tal norma «no prevé» es una norma implícita y/o inexpresada en ella y que sobre ella versa el fallo de ilegitimidad[114], como si se considera que ésta versa sobre la omisión de la norma o del acto normativo debido por el legislador[115]. Sea cual sea el fundamento de la solución adoptada, ésta es en todo caso no sólo legítima sino obligada, siendo la alternativa la no solución de las cuestiones, en contraste con la función de resolverlas asignada a la Corte por el artículo 134 de la Constitución italiana o, peor aún, la anulación de la norma impugnada[116].

Escasamente practicable, aunque en vía de principio obligada conforme al nexo teórico entre derechos y garantías varias veces subrayado y al principio metateórico de plenitud, parece en cambio la previsión, introducida en la Constitución portuguesa y en la brasileña, de un control jurisdiccional sobre la inconstitucionalidad por omisión de legislación, no señalado, sin embargo, como en el caso que precede, por la existencia de una norma susceptible de integración[117]. Se trata indudablemente —a causa del incierto confín que divide la aplicación constitucional de la innovación legislativa, reservada al parlamento por los principios de representatividad y separación— de la garantía más problemática, que las propias constituciones portuguesa y brasileña limitan a un simple señalamiento de la omisión llevado a cabo por el juez constitucional al «órgano legislativo competente». Pero nada impediría reforzarla, previendo por ejemplo la obligación del parlamento de decidir en breve plazo sobre la recomendación del tribunal e induciéndolo así a asumir una abierta responsabilidad política por el eventual incumplimiento. El campo privilegiado de tales omisiones es obviamente el de los derechos sociales, a los que corresponden obligaciones de prestación. Pero en estos casos, a los fines de un control de constitucionalidad, sería mucho más eficaz la transformación de la laguna proveniente de la omisión en una antinomia, mediante la introducción en las cartas constitucionales, de lo que hablaré en el § 15.18, de rígidos vínculos presupuestarios idóneos para anclar en cuotas mínimas del presupuesto estatal, o mejor todavía del producto interior bruto, los diversos capítulos del gasto social.

Hay, en fin, un cuarto aspecto lagunoso del sistema de garantías constitucionales. Se refiere a la ausencia de todo control de constitucionali-

dad sobre normas de nivel supranacional: por ejemplo, sobre las resoluciones del Consejo de seguridad. Pero es claro que esta vistosa laguna reenvía al problema de fondo de la ausencia de una esfera pública internacional, de la falta de adecuadas instituciones de garantía primaria además de secundaria, de la efectividad, en pocas palabras, del derecho internacional en conjunto: problemas cuya solución, como se verá en el capítulo XVI, exigiría un cambio de paradigma del ordenamiento internacional en conjunto.

13.20. *La democracia como construcción social. Sintaxis, semántica y pragmática de la democracia. La desobediencia civil*

La democracia constitucional, o la constitución democrática, consiste pues no sólo en la representatividad política de las funciones de gobierno y en la separación de las de garantía, sino también en el conjunto de las normas que limitan y vinculan el ejercicio de los poderes públicos a la garantía de los derechos vitales de todos. No es sólo un método de decisión basado en el ejercicio de los derechos políticos y de los derechos civiles de autonomía establecidos por sus normas formales de reconocimiento. Es además un conjunto de normas sustantivas que definen, como su razón social, la esfera de lo «indecidible que» o «que no»: de lo que a la autonomía política y civil les está prohibido decidir, como garantía de los derechos de libertad, y de lo que es obligatorio decidir, como garantía de los derechos sociales. En suma, está dotada, además de la dimensión formal asegurada por un conjunto de reglas del juego, también de la dimensión sustancial de la que depende la calidad del juego democrático. El constitucionalismo democrático consiste precisamente en la conjunción de ambas dimensiones —una basada en la legitimación política de las instituciones de gobierno y otra en la legal de las instituciones de garantía— cuyo nexo de medio a fin equivale al nexo de racionalidad instrumental que pone a la racionalidad formal asegurada por la primera al servicio de la racionalidad sustancial diseñada por la segunda.

Recuperando y desarrollando una imagen avanzada en los §§ 8.7 y 8.8, podemos llamar a estas dos dimensiones la *sintaxis* y la *semántica* de la democracia constitucional. La democracia constitucional tiene ante todo una sintaxis, constituida por las normas de la democracia formal que establecen las condiciones de la vigencia y de la validez formales. Éstas son las normas formales sobre la producción a través de cuya observancia se articulan las formas de la democracia: las normas sobre la formación de los órganos de decisión para la tramitación del ejercicio de los derechos políticos; las normas sobre la competencia de tales órganos, sobre sus relaciones de división o de separación y sobre la forma de sus decisiones; las normas, en fin, que disciplinan el ejercicio de la autonomía privada. En segundo lugar tiene una *semántica*, esto es, un conjunto de normas sustantivas que disciplinan no ya las formas sino

los significados normativos que en las formas admitidas no pueden ser o no ser expresados: que se refieren, como se ha dicho, no al «quién» y al «cómo» sino al «qué» está o no está permitido decir o no decir en formas democráticas. Son éstas las reglas de la democracia sustancial, que establecen las condiciones, justamente, de la validez sustancial y aseguran la igualdad que es esencialmente, según las primeras palabras de la *Déclaration des droits* de 1789, una *égalité en droits*, es decir, en los derechos fundamentales.

Pero más allá de estas dos dimensiones, como se ha visto en los §§ 13.10 y 13.12, la democracia exige, como condición no tanto de legitimidad sino más bien de efectividad, que el sistema de los derechos y las garantías constitucionales sea política y socialmente compartido, de manera que dé vida a una práctica social basada en la honradez de los poderes públicos y en el control y la participación de los ciudadanos. Esta condición, se ha dicho, constituye la dimensión *pragmática* de la democracia constitucional, asimétrica respecto de las otras dos por ser extra-jurídica aunque generada por los derechos. Consiste en un grado más o menos elevado de común aceptación del pacto de convivencia y por ello en el sentido cívico de solidaridad y reciprocidad que, como se ha mostrado, es el fruto de la universalidad y la indivisibilidad de los derechos fundamentales en él estipulados. Este sentido cívico, de solidaridad y de común pertenencia, no es otro que la «virtud política» que Montesquieu identificó con la «preferencia continua del interés público sobre el de cada cual»[118] y con «el amor a la República», que «en la democracia es amor a la democracia, y éste es amor por la igualdad. Es además amor a la frugalidad»[119].

Es gracias a esta dimensión pragmática como podemos caracterizar a la democracia constitucional como una construcción social, además de jurídica. Todas las distintas clases y generaciones de derechos, se ha dicho en los §§ 11.14 y 11.18, son el producto de luchas y revoluciones, cada una realizada por otras tantas generaciones de sujetos revolucionarios: primero las élites liberales de la burguesía naciente, después el movimiento de las mujeres, los movimientos por los derechos civiles contra las distintas formas de discriminación y los movimientos ecologistas y pacifistas. Simultáneamente, gracias a la conquista de los derechos correspondientes, se han desarrollado, en las distintas dimensiones de la democracia constitucional, la igualdad jurídica y la civilización de los conflictos: en primer lugar, la institución de una esfera pública basada en el igual derecho a la vida y a la seguridad, a través del desarme de los asociados *ne cives ad arma veniant*, y con su evolución, a través del ejercicio de los derechos políticos, en las formas de la *democracia política* representativa; en segundo lugar, la garantía de los derechos de libertad, con la introducción de reglas y límites a los poderes públicos en las formas de la *democracia liberal*; en tercer lugar, la garantía de los derechos civiles, junto a los límites a ellos impuestos, en las formas de la *democracia civil*, dentro de los microcosmos salvajes —de la familia al

trabajo y al mismo mercado—, que, como se verá en los §§ 14.14-14.21, sobreviven y a veces se desarrollan tras la separación entre esfera pública y esfera privada; en cuarto lugar, los vínculos impuestos a la esfera pública como garantía de los derechos sociales de supervivencia, en las formas de la *democracia social*; en fin, la prohibición de la guerra y la garantía de los derechos humanos, en las formas de *constitucionalismo internacional*, contra la anomia de los poderes públicos y privados y el estado de guerra permanente en el mundo globalizado. Siempre cada progreso de la democracia y de la paz ha venido a través de un crecimiento de la igualdad política y, sobre todo, de la igualdad de hecho; mientras que cada desarrollo de las desigualdades, de hecho o de derecho, ha sido siempre un signo y un factor de crisis de la democracia[120].

Existe pues una circularidad entre dinámicas del derecho y dinámicas sociales. Cada conquista de derechos, ya se ha dicho, es el fruto de la percepción social de una opresión o de una discriminación y de la movilización contra ella ante todo de las víctimas y después de fuerzas sociales solidarias con ellas. Y equivale a un enriquecimiento de la lengua del derecho, que a su vez modifica y modela el sentido común operando, por así decir performativamente, como nueva clave de lectura de la realidad. Ofensas u omisiones ignoradas anteriormente como normales o naturales son, conforme a los derechos convenidos, calificadas como ilícitas o como inválidas y estigmatizadas como ya no tolerables. Discriminaciones y privilegios anteriormente aceptados e incluso exhibidos y reivindicados como signos de distinción y de desigualdad social —por nacimiento, por patrimonio, por educación, por nacionalidad— son impugnados y superados apenas entran en conflicto con el sentido cívico de la igualdad en los derechos fundamentales, por su naturaleza universales e indivisibles[121].

Bajo este aspecto debe reconocerse la primacía, en la transformación progresiva del derecho, del punto de vista «externo» a él[122]. En un doble sentido. En primer lugar, en el sentido de la primacía práctica de la moral y de la justicia sobre el derecho, que justifica la *desobediencia civil* contra el derecho injusto, la cual obviamente —si en verdad el derecho en su conjunto es «injusto» sin estar en contraste ni siquiera con normas constitucionales— no puede invocar en su favor el derecho mismo, como quisiera por ejemplo la llamada «fórmula de Radbruch», íntimamente contradictoria y de compromiso[123]: la desobediencia, en este caso, es un deber moral, aunque antijurídico, sobre el que asume la responsabilidad quien desobedece para poner en evidencia la injusticia, exponiéndose a las sanciones que por sus violaciones están predispuestas por el derecho mismo. En segundo lugar, y consiguientemente, en el sentido de que este punto de vista externo —el de los sujetos que reivindican, incluso desobedeciendo, nuevos derechos, lamentan la falta de las correspondientes garantías, denuncian las violaciones de las garantías existentes o impugnan privilegios y desigualdades sociales— es el motor de la lucha por el derecho y de la transformación jurídica a los

distintos niveles del ordenamiento: el constitucional, el legislativo y el jurisdiccional. En este segundo sentido los derechos fundamentales y sus garantías están siempre *en contra de la realidad*: se afirman, en los distintos niveles del derecho, como instrumentos de transformación de la sociedad de cara a finalidades —la tutela de los sujetos más débiles y el crecimiento de la igualdad— opuestas a las que se realizarían a través de las libres y espontáneas dinámicas sociales. Su positividad se identifica con su normatividad.

También por esto el derecho nunca es «natural». El derecho es como lo hacemos y, por tanto, como lo queremos, lo pensamos y lo reivindicamos. Visto desde abajo, es como lo hacen, lo quieren y lo piensan los jueces y los operadores jurídicos, que conforme a él nombran y leen los hechos jurídicamente: éste es el sentido del realismo jurídico. Pero cómo los jueces y los demás operadores hacen legítimamente el derecho depende de cómo es visto desde arriba, desde el punto de vista de las normas, es decir, de cómo lo hacen y lo quieren los legisladores: éste es el sentido del normativismo jurídico. El punto de vista realista es el sociológico del derecho como es. El punto de vista normativista es el legislativo del derecho como debe ser. Pero lo mismo puede repetirse para la relación entre ley y constitución. Cómo los legisladores hacen y quieren legítimamente el derecho, es decir, el ser legislativo del derecho, depende de cómo lo hace y lo quiere la constitución, es decir, de su deber ser constitucional. Y cómo lo quiere y lo piensa la constitución —y así el círculo se cierra— depende de su deber ser político, tal y como viene expresado y reivindicado desde fuera, es decir, por las batallas civiles y sociales, incluidas las prácticas de la desobediencia, y tal y como es elaborado por la ciencia de la legislación y todavía más de la constitución, que por tanto tiene, a su vez, una valencia pragmática, o, por así decir, performativa, en la formación de las imágenes y por tanto del sentido mismo de la democracia constitucional.

Y por eso, todavía menos «natural» es la democracia constitucional, que es una construcción compleja, no solamente jurídica, por lo que se ha visto en los epígrafes precedentes, sino también social, fruto de una relación circular entre dinámicas jurídicas y dinámicas sociales. Por lo demás, una democracia constitucional perfecta es imposible a causa de la inevitable *divergencia* entre el deber ser y el ser de los principios que expresan su razón social. Pero por la misma razón es posible un *grado* más o menos elevado de su realización, dependiente de la calidad de la convención constitucional, de las garantías producidas por la legislación de actuación, de su efectividad en el terreno de la práctica jurídica, del compartir su sentido, en fin, y por ello, de las luchas por el derecho y por los derechos de los que la convención y sus garantías están asistidas en el terreno social.

Todas estas condiciones, según enseña la experiencia, son siempre reversibles. Hoy, como se ha dicho en el § 13.15, están decayendo en gran parte: por las lagunas de garantías en el terreno de los ordena-

mientos estatales y en el del derecho internacional y por las numerosas violaciones de las garantías existentes. Pero la crisis está afectando hoy al constitucionalismo en un sentido ulterior, quizá más profundo y destructivo: en el sentido de que afecta no sólo a las constituciones y cartas de derechos existentes, sino a la idea misma de la democracia constitucional como sistema rígido de límites y vínculos a la política y al mercado; no a este o aquel pacto constitucional sino a la idea misma de un pacto vinculante; no a este derecho y a estas reglas del juego, sino a las reglas en cuanto tales, es decir, al valor mismo de las reglas, comenzando por la metarregla elemental del estado de derecho que quiere que todos los poderes se sometan a normas superiores a ellos (T10.30-T10.32) y se dirijan a la satisfacción de derechos fundamentales inatacables tanto por el mercado como por la política (T12.129-T12.130).

Esta remoción de la constitución del común sentir y su desaparición del horizonte de la política, bajo la bandera de las ideologías populistas de la omnipotencia de las mayorías y de la ausencia de límites a los poderes económicos del mercado, es el daño mayor que, como veremos en el próximo capítulo, plantea hoy el riesgo de minar la democracia constitucional[124]. Esta crisis del constitucionalismo es el efecto, por un lado, de la idea, afirmada en particular en Italia en la larga crisis institucional de la primera República, de que las constituciones envejecen y son siempre modificables por las mayorías contingentes; por el otro, de una especie de falacia realista, de acuerdo con la cual las reglas constitucionales —de las constituciones nacionales a la Carta de la ONU y las convenciones sobre derechos humanos— resultarían superadas o, lo que es peor, deslegitimadas por sus repetidas violaciones, de modo que sería inútil gastar tiempo en batallas perdidas dirigidas a reanimarlas.

Tal actitud es el fruto de un aplastamiento del deber ser por el ser que trueca lo que de hecho ocurre por lo que es legítimo que ocurra. Habitualmente los juristas son víctimas de la falacia opuesta: el aplastamiento del ser por el deber ser, de los hechos por las normas, muy a menudo consideradas como si fueran la realidad. Pero si la falacia normativista, más allá de sus efectos de mistificación, es relativamente inocua, la realista se resuelve en la legitimación de lo existente, incluso si es contrario al derecho, y equivale a una abdicación del papel normativo del derecho y del papel crítico del jurista. Una divergencia deóntica entre deber ser y ser del derecho, como se ha dicho desde la Introducción, es en realidad en alguna medida fisiológica, al estar dirigidas las normas a impedir lo que ocurriría en su ausencia. Y las batallas por el deber ser del derecho, y más que nunca por aquella utopía positiva que está expresada por los principios constitucionales, nunca están perdidas ni ganadas de una vez para siempre, al depender la efectividad del derecho del grado de seriedad con el que todos nosotros lo asumimos como válido y normativo. Por eso las tesis pesimistas-realistas, que permutan el deber ser del derecho por el ser de su concreto funcionamiento, son tesis que se autoverifican. Ya que una constitución está muerta si los juristas

y los operadores jurídicos y políticos son los primeros que declaran que está muerta. Puede continuar viviendo si al menos cuantos comparten su sentido y sus valores luchan por que viva. Es en este compromiso donde reside la principal responsabilidad de la cultura jurídica y política, más allá de nuestros sentimientos de optimismo o pesimismo.

13.21. *El estado de excepción y el derecho de resistencia. Una refundación garantista*

Hay un último tipo de vicisitudes del orden jurídico que debe ser examinado, antes de proceder, en los tres capítulos que siguen, al análisis de las formas, los contenidos y los niveles de la democracia: las traumáticas vicisitudes generadas por la ruptura del ordenamiento en condiciones excepcionales. Se trata del estado de excepción y del ejercicio del derecho de resistencia, que equivalen a las dos rupturas de la legalidad —desde arriba y desde abajo, *ex parte principis* y *ex parte populi*— correspondientes, según los casos y a veces de los puntos de vista (uno desde arriba y el otro desde abajo), a la ruptura o por el contrario a la defensa de la ruptura del pacto de convivencia.

En el plano teórico ni una ni otra ruptura son admisibles, dentro del estado de derecho, al estar ambas en contradicción con el principio de legalidad. El estado de derecho, en efecto, es por definición el Estado y el derecho sin excepción, que no admiten violaciones de la ley ni todavía menos de la constitución. Y toda previsión jurídica de su ruptura es una contradicción en los términos, al equivaler a la negación del derecho y a la regresión al estado de naturaleza. El análisis de las dos figuras permite sin embargo identificar sus condiciones de compatibilidad con el estado de derecho, hasta invertir por lo demás su naturaleza respecto de sus concepciones corrientes: la primera figura, mientras que debe ser excluida como estado de excepción, puede ser admitida como función de garantía cuando son rigurosamente preestablecidos sus presupuestos, sus contenidos y las instituciones competentes para su realización; la segunda, mientras que debe ser excluida en la fisiología del estado de derecho, debe por su parte ser admitida como meta-derecho, a su vez de garantía, en los casos de ruptura del pacto constitucional.

Es ciertamente inadmisible dentro del estado de derecho, por estar en abierto contraste con él, la célebre configuración del «estado de excepción» avanzada por Carl Schmitt como poder desregulado y soberano[125]. «Soberano es quien decide sobre el estado de excepción»[126], declara Schmitt al comienzo de su *Teología política*, definiendo así simultáneamente, con esta icástica afirmación, tanto al soberano como al estado de excepción: a uno como sujeto y al otro como decisión, desvinculados ambos de cualquier regla; titular el primero y ejercicio el segundo de un poder absoluto, en contradicción con el paradigma del estado de derecho, antes todavía que de la democracia constitucional.

El soberano, explica Schmitt, «asume el monopolio de la última decisión»[127]: «El caso excepcional transparenta de la manera más luminosa la esencia de la autoridad del Estado. Vemos que en tal caso la decisión se separa de la norma jurídica y, si se nos permite la paradoja, la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho»[128].

Es extraordinario el crédito del que han gozado y gozan todavía semejantes fórmulas, de nuevo propuestas en los orígenes del nazismo por el que fue el más ilustre jurista del régimen[129]. Son fórmulas que expresan la inversión del modelo del estado de derecho: la primacía del poder político sobre el derecho, en oposición a la sujeción al derecho de cualquier poder; la supraordenación de la decisión última y sin regla sobre cualquier norma sobre la producción que no sea la que confiere el poder de excepción; en pocas palabras, el modelo del estado absoluto y virtualmente totalitario. Es el mismo Schmitt quien se cuida de eliminar todo posible equívoco cuando configura «el caso excepcional» como «el que no está previsto en el orden jurídico vigente», que «puede tal vez ser calificado como caso de extrema necesidad, de peligro para el Estado o de otra manera análoga, pero no se puede delimitar rigurosamente»[130].

Desgraciadamente, hay que reconocerlo, el estado de excepción —o de asedio, de urgencia o de necesidad, según las diversas fórmulas empleadas en distintas ocasiones— está previsto en términos genéricos, y por tanto como el fruto de una decisión de hecho discrecional del poder político, también en muchos ordenamientos democráticos y constitucionales[131]; y recientemente, con el pánico generado por la masacre del 11 de septiembre, se ha planteado su constitucionalización incluso por parte de muchos filósofos liberales: Bruce Ackerman, por ejemplo, ha propuesto la aprobación de una «constitución para la emergencia»[132]. Se trata claramente de una mina colocada en la base del ordenamiento constitucional capaz de hacerlo saltar en cualquier momento. En los términos en los cuales se suele configurar, la institución está en realidad en vistoso contraste con el estado de derecho y con el conjunto del paradigma de la democracia constitucional. Es el instrumento que abre el camino a la subversión desde arriba: a la destrucción del sistema democrático, poco importa que se realice, como exigen genéricamente algunas constituciones, en nombre de la necesidad de defender el sistema democrático mismo. Por eso es sin duda un mérito su falta de previsión en las constituciones que, como la italiana, no dicen nada de él[133]. En realidad, conviene precisar que el estado de excepción no es asimilable a las leyes excepcionales o de emergencia que en muchos ordenamientos limitan también muy gravemente las libertades fundamentales en contraste con sus constituciones. Éstas son leyes inválidas, destinadas a la anulación según la fisiología del estado de derecho conforme a los procedimientos judiciales ordinarios[134]. Por el contrario, el estado de excepción es el que rompe la ordenación constitucional al incidir radicalmente en el sistema de fuentes: no, por tanto, simplemente violando algunos de los derechos fundamentales y de las normas constitucionales, sino desposeyendo a

los órganos constitucionales de sus poderes y transfiriéndolos —como «plenos poderes»— a autoridades de excepción, sean civiles o militares. De hecho, naturalmente, los confines entre leyes excepcionales y estado de excepción pueden ser inciertos y bien puede ocurrir que las primeras terminen por convertirse en el segundo, allí donde confieran poderes arbitrarios a autoridades políticas o policiales[135]. Pero en el plano conceptual el confín es neto.

La absoluta incompatibilidad entre estado de derecho y estado de excepción no quiere decir sin embargo que se pueda ignorar el problema de los peligros de subversión del primero: el peligro, por ejemplo, de que una mayoría parlamentaria decida, tal vez en cumplimiento de su propio y explícito programa de gobierno, la destrucción del sistema democrático y la supresión de los derechos fundamentales. No es un caso de laboratorio. Es el de la subversión desde arriba, tras la conquista del poder mediante elecciones regulares, del partido fascista en Italia en 1925 y del partido nazi en Alemania en 1933[136]. Pero es también el caso de la subversión desde abajo de una insurrección armada: piénsese en el golpe de estado militar del general Franco en España en 1936, en los golpes de estado en Grecia o en América Latina en los años sesenta y setenta del siglo pasado o incluso en la llamada «marcha sobre Roma» de las bandas de Mussolini en 1922, aunque quizá habría bastado entonces, para detenerla, una decidida intervención de las fuerzas de policía y la simple aplicación de las normas del código penal.

De ahí la oportunidad de prever y disciplinar constitucionalmente un poder específico de garantía contra la subversión, estructuralmente opuesto al tradicional «estado de excepción», configurando la intervención no ya como excepción, sino como defensa frente a la excepción; no ya como ruptura, sino como defensa frente a la ruptura de la legalidad constitucional; en virtud no ya de la razón de estado, es decir, de la idea según la cual *salus rei publicae suprema lex*, sino de la que he llamado la «razón social» (D8.14, T12.165) de la democracia constitucional, es decir, de la garantía de la paz y de los derechos fundamentales en ella establecidos. Pero es claro que tal poder —para no estar en contraste sino en defensa del paradigma constitucional— es admisible solamente con tres condiciones, ligadas todas a su configuración, opuesta a la schmittiana, no ya como una función política o de gobierno, sino como una *función de garantía* (D12.12) confiada, según presupuestos precisos y de contenidos también rígidamente establecidos por la constitución, a una *institución de garantía* (D12.16) y precisamente a una *institución de garantía secundaria* (D12.18).

La primera condición es que los presupuestos de hecho del ejercicio de tal función no sean formulados en términos indeterminados, con una genérica referencia a peligros o amenazas para las instituciones, o para el orden y la seguridad. Debe tratarse de supuestos de hecho lo más taxativos que sea posible, para que su comprobación tenga un carácter lo más cognoscitivo posible y que la decisión, como todas aquellas

mediante las que se ejercen las funciones de garantía, y específicamente las jurisdiccionales, consista en una aplicación sustancial y no meramente formal de las normas constitucionales (D12.12, D12.19, T11.58-T12.62, T12.68-T12.78). Es lo que Schmitt niega en vía de principio, en el pasaje aquí referido en la nota 128. Pero es lo que en cambio es posible en un estado constitucional de derecho donde el fundamento y a la vez los presupuestos de la institución no consistan, como se ha dicho, en un genérico peligro de desórdenes o de inseguridad, sino que sean identificados con la supresión de las formas o los contenidos de la democracia: en dos palabras, de los derechos políticos o de los demás derechos fundamentales, de las instituciones de la representación o de la separación de poderes. Es el caso, sobre todo, de la subversión desde arriba: o en las formas violentas de un golpe militar —en cuyo supuesto, sin embargo, bien difícilmente podrán operar las funciones y las instituciones de garantía, si les falta un consistente apoyo leal de una parte de las fuerzas armadas—, o bien en la forma de leyes de excepción hasta tal punto inválidas que sean capaces de destruir, como lo fue típicamente la ley alemana de 24 de marzo de 1933, la dimensión formal y/o sustancial de la democracia[137].

La segunda condición se refiere a la taxativa predeterminación de los contenidos del procedimiento, negada también ella por Schmitt, que los considera, al igual que a sus presupuestos, «necesariamente ilimitados»[138]. Es claro que si esta función de garantía consiste en la salvaguarda de la constitución y de los derechos fundamentales, su ejercicio no puede consistir, ni sirve que consista, en una suspensión de la una o de los otros; aunque no sea más que porque ni la constitución ni los derechos fundamentales pueden configurarse nunca como un obstáculo a su salvaguarda misma. Lo que sirve es únicamente el poder de llegar, con procedimientos de urgencia en lugar de con los normales y largos procedimientos ordinarios, a la anulación de las leyes ilegítimas sobre los plenos poderes o sobre la supresión de los derechos fundamentales, además del poder, por otro lado, de movilizar a la fuerza pública contra los subversores.

La tercera condición, conectada con las otras dos, es que el poder de activar esta garantía esté dividido entre varias instituciones y que la que decide sea una institución de garantía secundaria. El poder de proponerlo bien puede ser confiado a varias instituciones políticas: por ejemplo, al presidente de la república, al presidente del gobierno, al parlamento o incluso a una minoría parlamentaria consistente. Lo que hace falta es que no se confíe a una sola institución, por ejemplo al presidente de la república, cuya inercia podría paralizar su actuación. Pero todavía más importante es que su decisión no sea confiada a una institución gubernativa, y menos si es monocrática como el presidente de la república o el presidente del gobierno: en tal caso, en vez de función de garantía correría siempre el riesgo de volverse en su contrario. En suma, la decisión última debe ser remitida a una institución de garantía de tipo jurisdiccio-

nal —por ejemplo, al tribunal constitucional— encargada precisamente de la aplicación sustancial de sus presupuestos. Semejante institución no sería en ningún sentido soberana o «superior» a las instituciones públicas, no más de cuanto lo es cualquier tribunal constitucional llamado a deliberar sobre la ilegitimidad de las leyes[139]: ante todo porque no estaría habilitada para actuar *ex officio*, sino sólo a iniciativa de una institución de gobierno o de una fuerza política; en segundo lugar, porque estaría vinculada a la aplicación sustancial de normas constitucionales; en fin, por la naturaleza de los efectos de sus decisiones, que no serían nunca innovativos, sino sólo reparadores y conservativos, contra los actos ilegítimos y subversivos de los poderes públicos.

Más compleja es la configuración del derecho de resistencia[140]. Es claro que en los ordenamientos totalitarios, o en todo caso no democráticos, el derecho de resistencia es tanto jurídicamente inexistente como políticamente legítimo, al identificarse su ejercicio con la lucha por la instauración de la democracia y del estado de derecho. Por lo demás, aquel derecho fue teorizado precisamente por la tradición iusnaturalista: de la clásica, expresada emblemáticamente por la figura de Antígona[141], a la paleo-cristiana y a las doctrinas altomedievales del tiranicidio[142]; de la doctrina tomista de la desobediencia a las leyes injustas[143] hasta las teorizaciones del iusnaturalismo contractualista y racionalista: de Altusio[144] a Locke[145] y a Hume[146], de Helvecio[147] a Rousseau[148] y a Romagnosi[149]. Dentro de esta tradición, el derecho de resistencia siempre fue concebido como un derecho natural restituido al pueblo para cuando el soberano rompa el pacto social con él estipulado y el ejercicio de su poder degenere en formas despóticas[150]. Por lo demás, fue conforme a esas bases sobre las que el derecho de resistencia se sancionó en muchas constituciones del siglo XVIII[151] y en algunas del siglo XX, no por casualidad estipuladas tras el derrumbamiento de regímenes de tipo fascista[152].

Naturalmente, la democracia constitucional está dotada de funciones e instituciones de garantía secundaria en condiciones de poner remedio, normalmente, incluso a las violaciones más graves de la ordenación constitucional por parte de los poderes públicos. Es por este argumento —la incompatibilidad, o al menos la no necesidad del derecho de resistencia en el estado de derecho— por lo que gran parte de las constituciones actuales no prevén el derecho de resistencia[153]. Esta tesis, de origen kantiano[154], supone sin embargo apriorísticamente la efectividad de las funciones de garantía previstas normativamente para sancionar o remover las rupturas del orden constitucional: confunde por ello, ideológicamente, derecho y hecho, deber ser y ser, normatividad y efectividad. Vale para definir, *a contrario*, los presupuestos excepcionales y patológicos de la legitimidad del derecho de resistencia. Nos dice que no es legítima ninguna resistencia, y todavía menos en formas violentas, cuando son normalmente practicables y accesibles las funciones y las instituciones de garantía secundaria. Pero es precisamente cuando tales funciones e instituciones son impracticables —cuando el pacto constitu-

cional se rompe y el estado civil vuelve al estado de naturaleza— cuando el derecho de resistencia viene a configurarse como el extremo remedio a la subversión desde arriba. «Cuando no hay juez en la tierra», escribió Locke, «no queda más que apelar al cielo»[155]. Y esta hipótesis bien puede verificarse, también en el estado constitucional de derecho, cuando, por ejemplo por un golpe de estado, su normal funcionamiento resulta o corre el riesgo de resultar anulado. Es además evidente que la ruptura subversiva desde arriba del pacto constitucional —el hecho de que no exista ya un juez en la tierra— es precisamente una cuestión de hecho, confiada en cada ocasión a la valoración y a la responsabilidad de las fuerzas que ejercen el derecho de resistencia y/o a aquellos jueces en la tierra todavía en condiciones de valorarla.

NOTAS

1. Me limito a recordar H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* [1929], trad. cast., *Esencia y valor de la democracia*, Guadarrama, Barcelona, [2]1977; K. R. Popper, *The Open Society and its Enemies* [1945], trad. cast., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona, 1981; J. A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* [1954], trad. cast., *Capitalismo, socialismo y democracia*, Aguilar, Madrid, 1971; N. Bobbio, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Torino, 1984 (trad. cast., *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985); G. Sartori, *Democrazia e definizioni*, Il Mulino, Bologna, 1957; R. A. Dahl, *Democracy and Its Critics* [1989], trad. cast., *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 2002; M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2000 (trad. cast., *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Trotta, Madrid, 2002). Cf., sobre estas concepciones de la democracia, el apreciable ensayo de V. Mura, «Sulle concezioni procedurali della democrazia»: *Teoria politica* XVII/3 (2001), 61-80. Una concepción enteramente procedimentalista de la democracia, basada en el principio de mayoría también en orden a las cuestiones, por su naturaleza controvertidas, que se plantean en materia de derechos fundamentales —cuyo papel normativo de límites y vínculos a la voluntad de la mayoría termina así por vaciar— ha sido sostenida por J. Waldron, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights»: *Oxford Journal of Legal Studies* 13 (1993), 18-51, en la trad. cast. de *Derecho y desacuerdos*, Pons, Madrid, 2005, caps. X-XIII; Íd., *The Dignity of Legislation* [1999], trad. it., *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, ed. de A. Pintore, Giuffrè, Milano, 2001, y recogida con fuerza por la propia A. Pintore, en «Diritti insaziabili»: *Teoria politica* 2 (2000), 3-20, ahora en L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, ed. de E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 179-200 (trad. cast., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, [4]2009, pp. 243-265); A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003. Tesis análogas, aunque en términos menos radicales, son sostenidas por J. C. Bayón, «Derechos, democracia y constitución»: *Discusiones* (Bahía Blanca, Argentina), 1, 65-94 (trad. it., «Diritti, democrazia, costituzione»: *Ragion pratica* 10 [1998], 41-64); además por Pedro Salazar Ugarte, Pablo de Lora, Andrea Greppi y, aunque en términos problemáticos, por Alfonso Ruiz Miguel, en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre*

el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Trotta, Madrid, [2]2009. La idea elemental que está en la base de esta concepción exclusiva e incondicionadamente política de la democracia, denominada «modelo Westminster», es que ni siquiera la estipulación de las constituciones deba escapar al principio de autoridad expresado por las reglas procedimentales de la mayoría. De aquí la oposición a la jurisdicción constitucional expresada, por ejemplo, por A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics* [1962], Yale UP, New Haven, 1986, con la consiguiente devaluación del papel garantista de las constituciones. Para un balance de la reflexión teórica sobre la cuestión, cf., por último, A. Greppi, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Trotta, Madrid, 2006.

2. N. Bobbio, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri* [1954], ahora en *Teoria generale de la politica*, ed. de M. Bovero, Einaudi, Torino, 1999 (trad. cast., *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, [3]2009, p. 306), donde la autonomía se define además como el «poder de darse normas a sí mismo y de no obedecer más normas que las que se da uno mismo» (*ibid.*, p. 304). Es la noción rousseauniana, ya señalada en la nota 14 del capítulo II, de la libertad como «obediencia a las leyes que nos hemos prescrito» (J.-J. Rousseau, *Du contrat social* [1762], Garnier-Flammarion, Paris, 1966, lib. I, cap. 8, p. 56), luego recogida por Kant: «Hay que definir mi *libertad* exterior (jurídica) como la facultad de no obedecer a las leyes exteriores sino en tanto en cuanto he podido darles mi consentimiento» (*Zum ewigen Frieden* [1795], trad. cast. de F. Rivera Pastor, *La paz perpetua*, Espasa-Calpe, Madrid, 1982, sec. II, p. 102, nota); «la *libertad* legal [es la facultad] de no obedecer a ninguna otra ley más que a aquella a la que [el ciudadano] ha dado su consentimiento» («Principios metafísicos de la doctrina del derecho», § 46, en la trad. cast. de A. Cortina y J. Conill de *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 143). Y es la que Kelsen llama «libertad política» y coloca en la base de la democracia: «Políticamente libre es el individuo que se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa. Un individuo es libre si aquello que de acuerdo con el orden social 'debe hacer', coincide con 'lo que quiere hacer'. La democracia significa que la 'voluntad' representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos» (*General Theory of Law and State* [1945], trad. cast. de E. García Máynez, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, [2]1958, parte II, IV, A, b, p. 337); «La libertad política, esto es, bajo un orden social, es autodeterminación del individuo por participación en la creación del orden social. La libertad implícita en lo que llamamos libertad política es, en el fondo, autonomía» (*ibid.*, B, a, p. 338). También según la definición de Carl Schmitt, «democracia (tanto en cuanto forma política como en cuanto forma del Gobierno o de la Legislación) es identidad de dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados, de los que mandan y los que obedecen» (*Verfassungslehre* [1928], trad. cast. de F. Ayala, *Teoría de la constitución*, Alianza, Madrid, [2]1982, § 17, III, p. 230); definición recogida casi literalmente por Kelsen: «Democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo» (*Esencia y valor de la democracia*, cit., cap. II, p. 30). Pero el mismo Kelsen critica y desmitifica esta supuesta «identidad» y la imagen edificante de la democracia que de ella proviene en los pasajes referidos *infra* en la nota 12.

3. Bajo este aspecto, una concepción formal de la legitimación política —aunque extraña, obviamente, a las formas propias de la democracia política, la primera de todas la atribución y el ejercicio de los derechos políticos— es también la expresada por la fórmula comunista de la «dictadura del proletariado»,

que hace referencia no ya a los contenidos sino únicamente al (supuesto) sujeto de las decisiones.

4. Un sistema democrático en el que la soberanía popular no estuviera sujeta a la ley correspondería plenamente a la noción de Estado absoluto definida por Hobbes: «El soberano de un Estado, ya sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles. Pues como tiene el poder de hacer y deshacer las leyes, puede librarse de estar sujeto a ellas cuando le plazca, derogando las leyes que le molestan y promulgando otras nuevas» (*Leviathan, or the Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil* [1651], trad. cast. de C. Mellizo, *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 1989, parte II, cap. XXVI, p. 216); y más adelante: «Una cuarta opinión que también repugna a la naturaleza de un Estado es ésta: *que quien ostenta el poder soberano está sujeto a las leyes civiles*. Es verdad que todos los soberanos están sujetos a las leyes de naturaleza, pues dichas leyes son divinas y no pueden ser derogadas por ningún hombre ni por ningún Estado. Pero el soberano no está sujeto a las leyes que él mismo, es decir, el Estado, hace. Pues estar sujeto a las leyes significa ser un súbdito del Estado, esto es, del representante del poder soberano, que es él mismo, lo cual no es sujeción a las leyes, sino liberación de ellas. Este error que consiste en situar las leyes por encima del soberano, implica que hay un juez por encima de él y un poder capaz de castigarlo, lo cual equivale a crear un nuevo soberano y, por la misma razón, un tercero para castigar al segundo, y así sucesivamente, teniendo esto como consecuencia la confusión y disolución del Estado». Opuesta, en cuanto refleja el modelo del Estado de derecho, es la tesis de J. Locke, *Second Treatise on Civil Government* [1690], trad. cast. de F. Giménez García, «Segundo ensayo sobre el Gobierno civil», en *Dos ensayos sobre el Gobierno civil,* ed. de J. Abellán, Espasa-Calpe, Madrid, 1991, § 90, pp. 267-268: «De lo cual se puede deducir que la monarquía absoluta, que algunos consideran como la única forma de gobierno posible, es, de hecho, inconsistente con la sociedad civil y, por tanto, que no es una forma de gobierno civil en absoluto», dado que «cualquier príncipe absoluto en relación a aquellos que están bajo su dominio» se encuentra «todavía en el estado de naturaleza». Véanse también los pasajes de Locke sobre el gobierno de las leyes citados en la nota 2 del capítulo X y en la nota 145 de este capítulo. La tesis hobbesiana fue recogida por Kant, que no por casualidad, como se verá al final de la nota 11 y de la nota 154, excluyó todo posible recurso al derecho de resistencia. «Pero todos cuantos en un Estado se hallen *bajo* leyes son súbditos, y, por tanto, están sometidos a leyes de coacción lo mismo que todos los demás miembros de la comunidad; sólo hay una excepción (ya se trate de persona física o moral), la del jefe del Estado, el único a través del cual puede ser ejercida toda coacción jurídica» (I. Kant, «En torno al tópico 'Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica'» [1793], trad. de M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, en *Teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 29); «Por tanto, sólo el jefe de *gobierno del Estado*, que es quien procura y reparte todo el bien que es posible según las leyes públicas [...] es el único frente al que no hay derecho alguno de coacción» (*ibid.*, p. 32, nota).

5. Es la tesis de A. Pintore, «Diritti insaziabili», cit., pp. 179-200; trad. cast. cit., pp. 243-265.

6. Véase, por ejemplo, N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, cit., p. 6: «Para una definición mínima de democracia —como la que estudiamos aquí— [...] se precisa», además del sufragio universal y del principio de mayoría, «una tercera condición: es necesario que los que son llamados a decidir o a elegir a aquellos que deberán decidir, sean colocados frente a alternativas reales y pues-

tos en condiciones de poder elegir entre una y otra. Para que se realice esta condición es necesario que a los llamados a decidir se les garanticen los derechos de libertad, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, etc., [...] Las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas del juego: son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego». En el mismo sentido, M. Bovero, *Una gramática de la democracia*..., cit., cap. II, § 6, pp. 48-51; Íd., «Diritti e democrazia costituzionale», en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 256-259; Íd., «Democracia y derechos fundamentales»: *Isonomía* 16 (2002), 21-38. He remitido a mi discusión con Bovero en la nota 83 del capítulo XI.

7. Condiciones sustanciales, necesarias para integrar la noción de democracia, son por lo demás admitidas abiertamente también por Kelsen y por Bobbio, que aun así sostienen firmemente una concepción puramente formal y procedimental de la democracia: «Una democracia sin opinión pública es una contradicción en los términos. En la medida en que la opinión pública sólo puede formarse allí donde se encuentran garantizadas las libertades intelectuales, la libertad de palabra, de prensa y de religión, la democracia coincide con el liberalismo político, aun cuando no coincida necesariamente con el económico» (H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., pp. 341-342): donde es claro que esta «coincidencia» hace de los derechos de libertad una dimensión esencial y sustancial de la democracia. «La democracia no es solamente método, sino que también es un ideal: es el ideal igualitario. Donde este ideal no inspira a los gobernantes de un régimen que se llama democrático, la democracia es un nombre vano. Yo no puedo separar la democracia formal de la democracia sustancial. Tengo el presentimiento de que donde existe solamente la primera un régimen democrático no está destinado a durar» («Lettera di Norberto Bobbio a Guido Fassò», del 14.2.1972, publicada por C. Faralli, «Presentazione» de G. Fassò, *La democrazia in Grecia* [1959], reed. de C. Faralli, E. Pattaro y G. Zucchini, Giuffrè, Milano, 1999, p. XI). Pero véase, de Bobbio, también el pasaje citado en la nota anterior. Una integración sustancial de la noción procedimental de democracia es en fin sostenida también por Robert A. Dahl, que además de los derechos políticos y de sus garantías —«libertad de voto, elegibilidad para el servicio público, derecho de los líderes políticos a competir en busca de apoyo [...], elecciones libres e imparciale [...], instituciones que garanticen que la política del gobierno dependa de los votos y demás formas de expresar las preferencias»— indica, entre sus ocho «requisitos para una democracia», la «libertad de asociación», la «libertad de expresión» del pensamiento y la «diversidad de fuentes de información» (R. A. Dahl, *Polyarchy. Partecipation and Opposition* [1971], trad. cast., *Poliarquía: participación y oposición*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 15).

8. Este nexo entre soberanía popular y libertad de imprenta fue eficazmente expresado por A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique* [1835-1840], ed. crítica y trad. cast. de E. Nolla, *La democracia en América*, Trotta/Liberty Fund, Madrid, 2010, vol. I, Segunda Parte, cap. III, p. 358: «En un país en el que reine ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino también un gran absurdo. Cuando se concede a cada uno el derecho a gobernar la sociedad, es preciso reconocerle la capacidad de elegir entre las diferentes opiniones que mueven a sus contemporáneos y de apreciar los distintos hechos cuyo conocimiento puede guiarle. La soberanía del pueblo y la libertad de prensa son dos cosas enteramente correlativas. La censura y el sufragio universal son, por el contrario, dos cosas que se contradicen». En el pasaje inmediatamente anterior, Tocqueville había conectado la libertad de información y la independencia del poder judicial con el control popular sobre

la ilegalidad de los poderes públicos: «En ciertas naciones que se pretenden libres, todos los agentes del poder pueden violar impunemente la ley sin que la Constitución del país dé a los oprimidos el derecho a quejarse ante la justicia. En esos pueblos no es preciso considerar ya la libertad de prensa como una de las garantías, sino como la única garantía que queda de la libertad y de la seguridad de los ciudadanos. Así, si los hombres que gobiernan esas naciones hablasen de quitar su independencia a la prensa, el pueblo entero podría responderles: dejadnos perseguir vuestros crímenes ante los jueces ordinarios y puede que entonces consintamos en no apelar al tribunal de la opinión» (*ibid.*).

9. P. Calamandrei, «Costituente e questione sociale» [1945], en Íd., *Scritti e discorsi politici*, ed. de N. Bobbio, La Nuova Italia, Firenze, 1966, vol. I, t. I, p. 146. «Es sabido», escribe Calamandrei a propósito del nexo entre derechos de libertad y soberanía popular, «cuál es la función y la estructura jurídica de estos derechos individuales constitucionalmente garantizados a todo ciudadano que se suelen denominar los *derechos de libertad política*, o más simplemente las *libertades políticas*. Democracia quiere decir soberanía popular: quiere decir poder legislativo confiado, a través de los mecanismos de la representación política, a la mayoría numérica de los ciudadanos; pero puesto que de este modo la voluntad y el interés del individuo correrían el riesgo de quedar aplastados bajo la tiranía de la mayoría, que a través del ejercicio del poder legislativo es teóricamente omnipotente, la constitución reconoce de antemano, en el mismo momento en que establece los órganos a través de los cuales la soberanía podrá ejercerse, una serie de derechos individuales que *ni siquiera esta soberanía podrá retocar o minorar*: lo que comporta la obligación preventiva e irrevocable del Estado de permitir a todo ciudadano el libre ejercicio de ciertas actividades individuales, cuyo ámbito debe constituir idealmente en torno a toda persona una especie de 'zona franca' reservada a sus iniciativas, dentro de las cuales el Estado se compromete a no penetrar. Ésta no es *la libertad* en singular de los filósofos, sino *las libertades* en plural de los juristas: enumeración de una serie de actividades prácticas específicamente determinadas, de las que el Estado permite y garantiza al ciudadano el libre desenvolvimiento, en el sentido de que, si y como el ciudadano quiera desenvolverlas, ninguna autoridad podrá legítimamente impedírselo (libertad de pensamiento, de culto, de palabra, de imprenta, de asociación, etc.). Podría parecer que estas libertades individuales son una especie de correctivo de la democracia: una especie de compromiso entre dos principios en conflicto, la autoridad y la libertad, el interés colectivo y el individual. Pero en realidad, si se quiere captar la verdadera esencia del gobierno democrático, estas libertades individuales deben ser concebidas, más que como limitaciones y contrapartidas de la soberanía popular, como condiciones para que la soberanía popular pueda afirmarse en un sentido más profundo y más humano. Estas libertades se llaman 'políticas' precisamente porque miran a hacer posible y fructífera la participación del individuo en la vida de la *polis*» (*ibid.*, pp. 145-146).

10. P. Calamandrei, «L'avvenire dei diritti di libertà», «Introduzione» a F. Ruffini, *Diritti di libertà*, La Nuova Italia, Firenze, [2]1946, ahora en *Scritti e discorsi politici*, La Nuova Italia, Firenze, 1966, vol. II, p. 373.

11. Recuérdense los célebres pasajes de Rousseau: «Este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su *yo* común, su vida y su voluntad. Esta persona pública que se forma de este modo por la unión de todas las demás tomaba en otro tiempo el nombre de *Ciudad* y ahora toma el de República o de *cuerpo político* [...] Respecto a los asociados, toman colectivamente el nombre de *Pueblo*» (*Du contrat social* [1782], trad. cast. de

M. Armiño, *Del contrato social. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Alianza, Madrid, 1980, lib. I, cap. VI, p. 23); «Mediante el pacto social hemos dado existencia y vida al cuerpo político: se trata ahora de darle movimiento y voluntad mediante la legislación» (*ibid.*, lib. II, cap. VI, p. 42); «Quien se atreve a la empresa de instituir un pueblo debe sentirse en condiciones de cambiar, por así decir, la naturaleza humana; de transformar cada individuo, que por sí mismo es un todo perfecto y solitario, en parte de un todo mayor, del que ese individuo recibe en cierta forma su vida y su ser; de alterar la constitución del hombre para reforzarla; de sustituir por una existencia parcial y moral la existencia física e independiente que todos hemos recibido de la naturaleza» (*ibid.*, lib. II, cap. VII, p. 46). Recuérdese por otra parte la imagen organicista del Leviatán dibujada por Hobbes en los pasajes reproducidos *supra*, en la nota 29 del capítulo XII, además de en *Leviatán*, cit., cap. XVII, pp. 144-145, donde «el Estado, en latín *Civitas*» viene identificado con la «verdadera unidad de todos en una y la misma persona, unidad a la que se llega mediante un acuerdo de cada hombre con cada hombre». La idea del «cuerpo político» está presente además, aunque como fundamento del principio de mayoría, también en Locke: «Cuando un grupo de hombres ha llegado a un consenso para formar una comunidad o gobierno, se incorporan en el acto al cuerpo político que conforman ellos mismos, en el que la mayoría adquiere el derecho de actuar y decidir por los demás» (*Segundo ensayo sobre el Gobierno civil*, cit., cap. VIII, § 95, p. 273). «En efecto», prosigue Locke, «cuando unos cuantos hombres han constituido una comunidad, mediante un acuerdo de cada uno de los individuos, han hecho de esa comunidad un solo cuerpo con poder para actuar como tal cuerpo unido, lo que se lleva a cabo únicamente a través de la voluntad y decisión de la mayoría. Pues, si lo que actúa en una comunidad es únicamente el consenso de los individuos que la forman, y si es necesario que un cuerpo se mueva en un solo sentido, será, pues, preciso que el cuerpo se traslade en la dirección en que lo impulsa la fuerza mayor, la cual no puede ser otra que la que surge del consenso de la mayoría» (*ibid.*, § 96, pp. 273-274). Y todavía: «Y así, cada hombre que consiente reunirse con otros y formar un cuerpo político bajo un gobierno se pone a sí mismo bajo obligación, ante todos los miembros de esa sociedad, de someterse a la determinación y resoluciones de la mayoría. De otro modo, el pacto originario por el que tanto él como los demás se incorporan a una sociedad, no tendría ningún significado, y no sería tal pacto, si le dejara libre y sin más lazos que aquellos que ya tenía en el estado de naturaleza» (*ibid.*, § 97, p. 274; cf. también, *ibid.*, el cap. XII, § 145, p. 311). En fin, la idea organicista de un «cuerpo común» es expresada también por Kant: «La unión de muchas personas en orden a cualquier fin (fin común, que todos *tienen*) se halla en todo contrato social; pero la unión de estas personas que es fin en sí misma (fin que cada uno *debe tener*), por tanto la unión en todas las relaciones externas, en general, de los hombres —que no pueden evitar verse abocados a un influjo recíproco—, es un deber primordial e incondicionado; tal unión sólo puede encontrarse en una sociedad en la medida en que ésta se halle en estado civil, esto es, en la medida en que constituya una comunidad» («En torno al tópico...», cit., pp. 25-26); «Porque el modo de pensar *patriótico* es aquel en que cada uno de los que se hallan dentro del Estado (sin excluir al jefe) considera a la comunidad como el seno materno, o al país como el suelo paterno, del cual y sobre el cual él mismo ha surgido, y al que ha de legar también como una preciada herencia» (*ibid.*, p. 28). Pero, lo que es más grave, en este organicismo kantiano —a diferencia de en Locke, que como se verá en la nota 145 teoriza el derecho del pueblo a la resistencia— es que este «cuerpo común», al ser con-

cebido autorreferencialmente como «una unión fin en sí misma», desaparece precisamente en el momento en que se manifiesta concretamente como sujeto colectivo: «aunque sea conculcado el contrato real del pueblo con el soberano, el pueblo no puede reaccionar de súbito *como comunidad*, sino sólo por facciones» (*ibid.*, p. 43, nota). Y esto no obstante el hecho de que, según Kant, «el *poder soberano* (la soberanía) [reside] en la persona del legislador» («Principios metafísicos de la doctrina del derecho», cit., § 45, p. 142), y «el poder legislativo sólo puede corresponder a la voluntad unida del pueblo» (*ibid.*, § 46, p. 143). Véase *infra*, sobre la dura aversión kantiana al derecho de resistencia, la nota 154.

12. «Ahora bien, ¿qué es el pueblo», prosigue el pasaje de Kelsen citado al final de la nota 2: «Parece ser un supuesto fundamental de la democracia que una pluralidad de hombres se reduzca mediante ella a una unidad. Para la democracia, el pueblo, como unidad, es tanto más importante, cuanto que actúa, más bien que como objeto, como sujeto del poder o, por lo menos, así ocurre en teoría. Sin embargo, para una investigación atenta a la realidad de los hechos, no hay precisamente nada más problemático que aquella unidad designada con el nombre de 'pueblo'. Fraccionado por diferencias nacionales, religiosas y económicas, representa —según el criterio sociológico— más bien una aglomeración de grupos que una masa compacta de naturaleza homogénea» (*Esencia y valor de la democracia*, cit., cap. II, p. 30). Véanse también, *ibid.*, los pasajes reproducidos en la nota 7 del capítulo XII. Cf., además, de H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte II, IV, B, b, p. 339: «En la realidad social, el más alto grado de autodeterminación política, esto es, una situación en la que no es posible ningún conflicto entre el orden social y el individuo, difícilmente puede distinguirse de un estado de anarquía. El orden normativo que regula la conducta recíproca de los individuos resulta completamente superfluo si todo conflicto entre dicho orden y los súbditos queda excluido *a priori*. Sólo cuando tal conflicto es posible y el orden permanece válido incluso en relación con un individuo que lo 'viola' con su conducta, puede tal individuo ser considerado como 'sujeto' al propio orden. Un orden social genuino es incompatible con el grado más alto de autodeterminación»: de modo que «si el principio de autodeterminación ha de convertirse en base de la organización social, será necesario restringirlo en alguna forma». Por lo demás, también Schmitt —e incluso el mismo Rousseau (como se verá en el § 14.3 y en las notas 4 y 5 del capítulo XIV)— comparte la idea de que la perfecta identidad entre gobernantes y gobernados, que forma el ideal de la democracia directa, es imposible: «no hay Estado alguno sin representación», escribe a su vez; incluso «en una democracia directa practicada con rigor absoluto, en la que 'todo el pueblo', esto es, todos los ciudadanos activos, se reúnan efectivamente en una plaza [...] se trata en el caso extremo sólo de todos los miembros adultos del pueblo, y sólo en el momento en que se encuentran reunidos como comunidad o como ejército» (*Teoría de la constitución*, cit., § 16, II, 2, p. 206). Y sin embargo, como se ha visto en la nota 50 del capítulo VII, sostiene, contradictoriamente, la idea organicista y totalitaria del presidente del *Reich* como expresión de la «unidad del pueblo alemán» entendido como «totalidad política». Véanse *infra*, sobre la polémica entre Kelsen y Schmitt y más en general sobre las aporías de la representación política, los §§ 14.3-14.5.

13. J.-J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., lib. II, cap. VI, pp. 43-44. Recuérdese, de Rousseau, la definición de libertad referida *supra* en la nota 2, además de los pasajes recogidos en la nota 15 del capítulo XIV. Es en esto en lo que se funda la noción rousseauniana de «ley» enunciada por el art. 6 de la Declaración de derechos de 1789: «La loi est l'expression de la volonté générale».

14. *Essay on Liberty* [1858], trad. cast., *Sobre la libertad*, Alianza, Ma-

drid, [2]1979, Introducción, pp. 58-59. «Además, la voluntad del pueblo significa en la práctica la voluntad de la *parte* más numerosa o de la más activa del pueblo, de la mayoría o de aquellos que logran hacerse aceptar como tal; el pueblo, por consiguiente, *puede* desear oprimir a una parte de sí mismo y las precauciones contra esto son tan necesarias como contra cualquier otro abuso del poder». La misma tesis es expresada por Benjamin Constant: cuando Rousseau, escribe, «nos dice que el soberano, es decir, el cuerpo social, no puede perjudicar ni al conjunto de sus miembros ni a ninguno de ellos en particular; que al darse cada uno por completo, la condición es igual para todos y que nadie tiene interés en hacerla onerosa para los otros; que cada uno, dándose a todos, no se da a nadie [...] olvida que todos estos atributos preservadores que confiere al ente abstracto que llama soberano, resultan de que ese ente se compone de todos los individuos sin excepción. Ahora bien, en cuanto el soberano tiene que hacer uso del poder que posee, es decir, en cuanto hay que proceder a una organización práctica de la autoridad, como el soberano no puede ejercerla por sí mismo, la delega, y todos esos atributos desaparecen. Puesto que la acción que se ejecuta en nombre de todos, está necesariamente, de grado o por fuerza, a disposición de uno o de algunos, resulta que al darse uno a todos, no es cierto que no se dé nadie, muy al contrario, se da a quienes actúan en nombre de todos» («Principes de politique», en *Cours de politique constitutionnelle* [1818-1819], trad. cast. de M.ª L. Sánchez Mejía, «Principios de política», en *Escritos políticos*, CEC, Madrid, 1970, cap. I, pp. 11-12).

15. Escribe de nuevo B. Constant, «Principios de política», cit., p. 9: «Cuando se establece que la soberanía popular es ilimitada, se crea y se introduce caprichosamente en la sociedad humana un grado de poder demasiado grande en sí mismo, y eso es malo, independientemente de quien lo posea. Confíese a uno solo, a varios, a muchos, seguirá siendo un mal. Se culpará a los depositarios de ese poder, y, según las circunstancias, se acusará sucesivamente a la monarquía, a la aristocracia, a la democracia, a los gobiernos mixtos, al sistema representativo. Será un error. Es a la cantidad de poder y no a quienes son sus depositarios a quien hay que acusar. Hay que actuar contra el arma y no contra el brazo que lo sostiene. Hay pesos demasiado fuertes para la mano del hombre»; *ibid.*, p. 17: «La soberanía popular no es ilimitada. Está circunscrita a los límites que marcan la justicia y los derechos individuales. La voluntad de todo un pueblo no puede hacer justo lo que es injusto. Los representantes de una nación no tienen derecho a hacer lo que ni siquiera la nación tiene derecho a hacer por sí misma. Ningún monarca, sea cual sea el título que invoque, se apoye en el derecho divino, en el derecho de conquista, o el consentimiento del pueblo, posee un poder sin límites».

16. «La souveraineté réside dans le peuple», afirma el art. 25 de la Declaración de derechos que precede a la Constitución francesa de 1793; y el art. 7 añade: «Le peuple souverain est l'universalité des citoyens français». Afirmaciones análogas se encuentran en casi todas las principales constituciones actuales: en el art. 1 de la Constitución japonesa de 1946; en el primer párrafo del art. 20 de la Constitución alemana de 1949; en el art. 3 de la Constitución francesa de 1958; en el art. 1 de la Constitución griega de 1975; en los arts. 1 y 3 de la Constitución china de 1975; en los arts. 1, 2 y 3.1 de la Constitución portuguesa de 1976. Recuérdense también las fórmulas, reproducidas *supra* en las notas 46 del capítulo VII y 6 del capítulo XII, con las que muchas constituciones enuncian, en su preámbulo, el poder constituyente del pueblo bajo el modelo de la Constitución de los Estados Unidos («We the people») recogido también por la Carta de Naciones Unidas («Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas...»).

17. J.-J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., lib. III, cap. XV, p. 98. Véase todo el pasaje reproducido *infra*, en la nota 4 del capítulo XIV.

18. B. Constant, «La sovranità del popolo e i suoi limiti», en *Antologia degli scritti di Benjamin Constant*, ed. de A. Zanfarino, Il Mulino, Bologna, 1962, p. 59, nota 1: «El axioma de la soberanía del pueblo ha sido considerado un principio de libertad: es en cambio un principio de garantía. Está destinado a impedir que un individuo se apodere de la autoridad que en cambio pertenece a toda la sociedad; pero no decide nada sobre la naturaleza ni los límites de esa autoridad»; véase, en el mismo sentido, el pasaje de Constant sobre la soberanía reproducido *infra* en la nota 31. La misma idea se encuentra expresada repetidamente en la tradición constitucional francesa. Fue formulada por primera vez en la Declaración de derechos que precede a la Constitución de 1793, que después de enunciar el principio de la soberanía popular en el art. 25 aquí citado en la nota 16, estableció: «Aucune portion du peuple ne peut exercer la puissance du peuple entier» (art. 26); «Que tout individu qui usurperait la souveraineté soit a l'instant mis à mort par les hommes libres». Fue después reproducida por el art. 1 de la Constitución de 4.11.1948: «La souveraineté réside dans l'universalité des citoyens français. Elle est inaliénable et imprescriptible. Aucun individu, aucune fraction du peuple ne peut s'en attribuer l'exercice». Se encuentra en fin repetida en el art. 3 de la Constitución de 4.10.1958, que después de haber establecido en el primer párrafo «la souveraineté nationale appartient au peuple», afirma en el segundo párrafo que «Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice».

19. B. Constant, *Principios de política*, cit., cap. I. Véanse también, *infra*, la nota 31 de este capítulo y la nota 31 del capítulo XIV.

20. Recuérdese también el nexo entre «garantía social» de los derechos, consistente en la «acción de todos» en su defensa, y «soberanía nacional» instituido por el art. 23 de la *Déclaration des droits* que precede a la Constitución francesa del 24.6.1793, reproducido *supra* en el § 12.9.

21. J. Rawls, *A Theory of Justice* [1971], trad. cast., *Teoría de la justicia*, FCE, Madrid, 1978, § 24, pp. 163-169. Véase *infra*, en la nota 35, el pasaje de Alexander Hamilton en el que la Constitución viene configurada como expresión de la «voluntad del pueblo» en oposición a la «de los delegados» en el poder legislativo. A alguna forma de voluntad popular originaria, más allá de los concretos procesos constituyentes y de las mayorías contingentes, alude también Tocqueville: «Considero impía y detestable esa máxima de que en materia de gobierno la mayoría de un pueblo tiene derecho a hacerlo todo y, no obstante, sitúo en las voluntades de la mayoría el origen de todos los poderes. ¿Estoy en contradicción conmigo mismo? Existe una ley general que ha sido hecha, o al menos adoptada, no únicamente por la mayoría de tal o cual pueblo, sino por la mayoría de todos los hombres. Esa ley es la justicia. La justicia forma, por tanto, el límite del derecho [a mandar] de cada pueblo. Una nación es como un jurado encargado de representar la sociedad universal y de aplicar la justicia, que es su ley. El jurado, que representa a la sociedad, ¿debe tener más poder que la sociedad misma cuyas leyes aplica? Así, pues, cuando me niego a obedecer una ley injusta, no niego a la mayoría el derecho a mandar, apelo solamente a la soberanía del género humano contra la soberanía del pueblo» (A. de Tocqueville, *La democracia en América*, cit., vol. I, Segunda Parte, cap. VII, pp. 453-454). Es claro que hoy esta tesis, al menos limitada a los principios de justicia y a los derechos estipulados en constituciones nacionales o en convenciones internacionales, no es ya (sólo) una tesis de filosofía política sino que es (también y sobre todo) una tesis de teoría del derecho. De forma que la apelación a tales principios y derechos es realmente una apelación a la soberanía del pueblo, en un doble sentido: como apelación a la Constitución, y por ello a una ley superior querida habi-

tualmente por una mayoría cualificada en el momento constituyente; y como apelación a las declaraciones y convenciones internacionales y por tanto a una «ley general» que, según las palabras de Tocqueville, ha sido «hecha», «adoptada [...] por la mayoría de todos los hombres» —por «nosotros los pueblos de las Naciones Unidas», según las palabras con las que se abre la Carta de la ONU— el día después de las catástrofes de las guerras mundiales del último siglo.

22. Esta concepción instrumental y utilitarista —«hetero-poyética» en el sentido indicado en la nota 31 del capítulo anterior— del derecho y del Estado es el rasgo que une a gran parte de las doctrinas iusnaturalistas y contractualistas clásicas. Me limito a recordar F. Bacon, *De dignitate et augmentis scientiarum, libri IX* [1623], en *Works of Francis Bacon*, ed. de J. Spedding, Longman, London, 1681, vol. I, lib. VIII, *aphor.* 5, p. 805: «El fin al que tiende la ley no es otro que la felicidad de los ciudadanos»; Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., Introducción, p. 13, donde el Estado es concebido como «un hombre artificial», si bien «de mayor estatura y fuerza que el natural, para cuya protección y defensa fue concebido»; Íd., *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* [1681], trad. cast. en *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, ed. de M. Á. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1992, p. 13: «Pues Dios hizo a los reyes para el pueblo y no al pueblo para los reyes»; J. Locke, *Segundo ensayo sobre el Gobierno civil*, cit., § 3, p. 204: «Así pues, entiendo que el poder político es un derecho a dictar leyes sancionadas con la pena de muerte y, consecuentemente, también cualquier otra que conlleve una pena menor, encaminadas a regular y preservar la propiedad, así como a emplear la fuerza de la comunidad en la ejecución de tales leyes y en la defensa de la República de cualquier ofensa que pueda venir del exterior; y todo ello teniendo como único fin la consecución del bien público» (cf. también, *ibid.*, § 95, p. 273; §§ 123-131, pp. 293-297 y § 137, pp. 304-305; Íd., *An Essay concerning Toleration* [1667], trad. cast., *Ensayo sobre la tolerancia*, en Íd., *Escritos sobre la tolerancia*, ed. de L. Prieto y J. Betegón, CEPC, Madrid, 1999, p. 81: «Todo mandato, poder y autoridad de que es investido el magistrado no es con otro propósito que para ser utilizado para el bien, la conservación y la paz de los hombres en aquella sociedad»; en efecto, «si los hombres pudieran vivir pacífica y tranquilamente juntos, sin unirse bajo ciertas leyes y formar parte de una nación, no habría necesidad en absoluto de magistrados ni políticos, que sólo fueron hechos para preservar a los hombres en este mundo del fraude y de la violencia de los unos hacia los otros»; Íd., *Epistola de Tolerantia* [1685], trad. cast., *Carta sobre la tolerancia*, en Íd., *Escritos sobre la tolerancia*, cit., p. 112: «El Estado, según mis ideas, es una sociedad de hombres instituida con la única mira del establecimiento, conservación y desenvolvimiento de sus intereses civiles. Llamo intereses civiles, la vida, la libertad, la salud del cuerpo; la posesión de los bienes exteriores, tales como son el dinero, las tierras, las casas, los muebles y otras cosas de esta naturaleza. Es de obligación del magistrado civil el asegurar, por medio de la imparcial ejecución de leyes justas, a todo el pueblo en general y a cada uno de los súbditos en particular, la posesión legítima de cuantas cosas miran a esta vida»; J.-J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., lib. II, cap. 5, p. 40: «El contrato social tiene por fin la conservación de los contratantes»; C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, ed. de Livorno de 1766, a cargo de F. Venturi, Einaudi, Torino, 1981, § 2, p. 13 (trad. cast., *De los delitos y de las penas*, ed. bilingüe de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p. 113: «Fue pues la necesidad lo que obligó a los hombres a ceder parte de la propia libertad: es cierto por tanto que cada uno sólo quiere colocar en el público depósito la mínima porción posible, la indispensable para inducir a los demás a defenderlo»; tesis recogida por B. Constant: «Todo

individuo consiente sacrificar una parte de la propia libertad para asegurar la restante; pero si la autoridad invadiera toda su libertad, el sacrificio se quedaría sin objeto» («Additions et notes» a los *Principes de politique*, trad. it. en *Antologia*..., cit., p. 82). Análogamente, D. Hume, *Political Discourses* [1752], trad. cast. de C. Martín Ramírez, en D. Hume, *Ensayos morales, políticos y literarios*, Trotta/Liberty Fund, Madrid, 2011, «Del contrato original», p. 407: «Si nos remontamos a los orígenes del poder, en los bosques y desiertos, es la gente la fuente de todo poder y jurisdicción y, por mor de la paz y el orden, abandonó el hombre voluntariamente su innata libertad y aceptó leyes de su igual y compañero. Las condiciones en las que los seres humanos estuvieron dispuestos a someterse, bien fueron expresadas, o bien eran tan claras y evidentes que se consideró superfluo expresarlas. Si se tiene esto por el *contrato original*, no puede negarse que todo gobierno se basa inicialmente en un contrato, y que las antiguas combinaciones primitivas de la humanidad estaban constituidas principalmente por este principio. En vano nos preguntamos dónde está registrada esta carta de nuestras libertades. No se escribió en pergamino, ni en hojas ni cortezas de árbol. Precedió al uso de la escritura y de cualquier otra de las artes civilizadas de la vida. La descubrimos sencillamente en la naturaleza humana, y en la igualdad, o algo que se le aproxima, que hallamos en los individuos de la especie».

23. Son estas las concepciones que he llamado, en oposición a las recogidas en la nota anterior, «autopoyéticas», en cuanto que conciben el Estado como valor intrínseco y fin en sí mismo. Piénsese ante todo en la concepción hegeliana: «El estado es la realidad efectiva de idea ética, el espíritu ético como voluntad sustancial revelada, clara para sí misma, que se piensa y se sabe y cumple aquello que sabe precisamente porque lo sabe. En las costumbres [el estado] tiene su existencia inmediata» (G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, trad. cast. de J. L. Vermal, *Principios de la filosofía del derecho*, Edhasa, Barcelona, 1988, § 257, p. 318); «El estado [...] es lo racional en y por sí. Esta unidad sustancial es el absoluto e inmóvil fin último en el que la libertad alcanza su derecho supremo, por lo que este fin último tiene un derecho superior al individuo, cuyo supremo deber es ser miembro del estado [...] por ser el estado el espíritu objetivo, el individuo sólo tiene objetividad, verdad y ética si forma parte de él. La unión como tal es ella misma el fin y el contenido verdadero» (*ibid.*, § 258, pp. 318-319); «el estado es la realidad efectiva de la libertad concreta. Por su parte, la libertad concreta consiste en que la individualidad personal y sus intereses particulares [...] se conviertan por sí mismos en interés de lo universal (*ibid.*, § 260, p. 325); «[La disposición política es] la conciencia de que mi interés sustancial y particular está contenido y preservado en el interés y el fin de otro [aquí el estado] en cuanto está en relación conmigo como individuo. De esta manera, este otro deja inmediatamente de ser un otro para mí y yo soy libre en esta conciencia» (*ibid.*, § 268, p. 332); «el sacrificio por la individualidad del estado es la condición sustancial de todos y por lo tanto un deber general» (*ibid.*, § 325, p. 410). Pero recuérdese también, como expresión de una concepción autopoyética del Estado, el pasaje kantiano citado *supra* en la nota 11, donde el «cuerpo común» constituido por la sociedad «en el estado civil» es concebido como una «unión fin en sí misma» que por lo general se desvanece, transformándose en simples «facciones», cuando reacciona a las violaciones del pacto social por parte del soberano.

24. «Por tanto, el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad» (I. Kant, *Introducción a la doctrina del derecho*, cit., B, p. 39); «una acción es *conforme a derecho* cuando permite, o cuya máxima permite, a la

libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal» (*ibid.*, C, p. 39). La misma noción de derecho había sido expresada por I. Kant, «En torno al tópico...», cit., II, p. 26: «El *derecho* es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto que esta concordancia sea posible según una ley universal; y el *derecho público* es el conjunto de *leyes externas* que hacen posible tal concordancia sin excepción».

25. H. Kelsen, *Foundations of Democracy* [1955-1956], trad. cast., «Los fundamentos de la democracia», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, ed. de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, p. 212; «en particular», añade Kelsen, «no hay ningún principio objetivo que fundamente la diferencia entre el valor de una y el valor de otro. En algunos aspectos puede ser más importante la forma, y en otros, el contenido o la sustancia».

26. Para una reconstrucción teórica e histórica de este modelo de derecho, recuérdese el clásico ensayo de L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967. Véase además P. Koschaker, *Europa und das römische Recht* [1947], trad. cast., *Europa y el derecho privado*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955; L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1989; A. Schiavone, *Jus. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino, 2006.

27. Th. Hobbes, *Diálogo...*, cit., pp. 9-10.

28. Es la famosa máxima hobbesiana recogida *supra* en la nota 12 del capítulo I. Recuérdense también las máximas análogas reproducidas en dicha nota y en la nota 7 del capítulo VI.

29. Sobre esta inversión de la fórmula hobbesiana con referencia a la jurisdicción y sobre las relaciones entre las dos fórmulas, remito a mi *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* [1989], trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, [9]2009, cap. I.

30. Recuérdese la lección inaugural de Vittorio Emanuele Orlando, de 1889, en la que se anunció el proyecto de saneamiento de la ciencia del derecho público del «viejo material filosófico» representado por las «teorías del derecho natural con sus disputas eternas, e infecundamente reproductivas, sobre la idea de Estado y de soberanía, sobre los límites de la obediencia política, sobre la óptima forma de gobierno, sobre la división de poderes, etc.» (V. E. Orlando, «I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico», ahora en *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 8). Contra aquellas «raíces del mal», afirma Orlando, el «remedio adecuado no consiste ya en una acomodación ecléctica, sino en reconducir el derecho público a su verdadero fin. Y el método es sencillísimo, al menos enunciarlo, y es que el derecho público se considere, del mismo modo que el derecho privado, como un conjunto de principios jurídicos sistemáticamente coordinados» (*ibid.*, pp. 7 y 20). Más tardío, pero incluso más radical, fue el saneamiento de contaminaciones sociológicas o filosóficas promovido en las disciplinas penales por otra famosa lección inaugural, la de Arturo Rocco de 1910, que en términos todavía más perentorios propugnó la proscripción, por obra del método técnico-jurídico, de nuestra más ilustre y prestigiosa tradición filosófico-jurídica, la ilustrada y liberal inaugurada por Cesare Beccaria, desarrollada con Gaetano Filangeri, Mario Pagano y Giandomenico Romagnosi y consolidada con la Escuela clásica de Giovanni Carmignani y Francesco Carrara: la Escuela clásica, acusa Rocco, «desconocedora, y desmemoriada además, de las enseñanzas de la escuela *histórica* del derecho, pretendió estudiar un derecho penal fuera

del derecho positivo, se hizo la ilusión de poder, ella, forjar un derecho penal distinto del consagrado en las leyes positivas del Estado»: de aquí «un abandono a la desenfrenada voluntad de crítica legislativa y de reforma de las leyes penales vigentes, a una crítica que, en sus desmesuradas tendencias reformadoras, no encuentra, muy a menudo, confines» («Il problema e il metodo della scienza del diritto penale»: *Rivista di diritto e procedura penale* I/X [1910], 4 y 3). La receta metodológica es exactamente la propugnada por Orlando para las disciplinas iuspublicistas: «Hace ahora veinte años, en el campo de las disciplinas de derecho público, se elevó una voz autorizada, la del ilustre profesor Orlando, que predicaba el divorcio o, mejor dicho, la separación de estas ciencias de la sociología, de la política y de la filosofía, advirtiendo que ésta es la única condición del progreso de estas ramas importantísimas de nuestro derecho. La voz no quedó sin ser escuchada. Poco más o menos podría hoy repetirse para el derecho penal, y la admonición sería útil y oportuna como nunca» (*ibid.*, pp. 9-10). De ahí se siguió el paso de las disciplinas penalistas, según una bonita imagen de Mario Sbriccoli, de una «penalística civil» de implantación liberal y garantista a una «civilística penal» de signo iliberal y autoritario (M. Sbriccoli, «La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita», en A. Schiavone [ed.], *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990, p. 224).

31. B. Constant, «Principios de política», cit., p. 17; el pasaje completo está reproducido *supra* en la nota 15. Véase también, *ibid.*, pp. 10-11: «En una sociedad fundada sobre la soberanía popular, es cierto que ningún individuo y ninguna clase tienen el derecho de someter al resto a su voluntad particular, pero es falso que el conjunto de la sociedad posea sobre sus miembros una soberanía ilimitada. La totalidad de los ciudadanos es el soberano, en el sentido de que ningún individuo, ninguna fracción, ninguna asociación parcial puede arrogarse la soberanía, si no le ha sido delegada. Pero de ahí no se sigue que la totalidad de los ciudadanos, o aquellos a quienes ha investido de soberanía, puedan disponer soberanamente de la existencia de los individuos. Hay, por el contrario, una parte de la existencia humana que, necesariamente, permanece individual e independiente y que se encuentra, por derecho, fuera de toda competencia social. La soberanía sólo existe de una manera limitada y relativa. Allí donde empieza la independencia y la existencia individual, se detiene la jurisdicción de esta soberanía. Si la sociedad franquea esa línea, es tan culpable como el déspota cuyo único título es la espada exterminadora. La sociedad no puede excederse en sus competencias sin convertirse en usurpadora, ni la mayoría sin ser facciosa. El consentimiento de la mayoría no es en absoluto suficiente para legitimar sus actos en todos los casos. Hay actos que nadie puede sancionar. Cuando una autoridad cualquiera comete este tipo de actos, poco importa de qué fuente se reclame, poco importa que se llame individuo o nación; aunque fuera la nación entera, salvo el individuo que está oprimiendo, no por ello sería más legítima».

32. Véase el pasaje completo del que se han extraído estas palabras en la nota 21.

33. Recuérdese la célebre declaración antifilosófica con la que se abre el gran *Trattato di diritto penale* de Vincenzo Manzini de 1908 reeditado hasta nuestros días en decenas de ediciones: «Aparece como del todo superflua para los estudios nuestros esa parte estrictamente filosófica que los viejos escritores solían anteponer a sus libros. El buscar los llamados fundamentos supremos [...] hoy no está ya permitido en una disciplina eminentemente práctica, positiva y con buen sentido, como es la nuestra [...] Ciertamente fue bastante mayor el daño que el beneficio derivado para el derecho penal de la infección filosófica

que lo invadió especialmente a partir del siglo XVIII» (V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Fratelli Bocca, Torino, 1908, vol. I, pp. 3-4). Casi las mismas palabras aparecen en la edición de 1933, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, Utet, Torino, 1933, pp. 6-7. Recuérdese también la análoga declaración antifilosófica expresada algún año antes por Santi Romano en el pasaje aquí citado en el § 8 de la Introducción.

34. «Constitucionalismo», «neo-constitucionalismo» y «neo-constitucionalismos» son expresiones asentadas en años recientes en el léxico teórico-jurídico y teórico-político. De la vasta literatura actual me limito a recordar: M. Troper, «Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto» [1988], en Íd., *Pour une théorie juridique de l'Etat* [1994], trad. cast., *Por una teoría jurídica del Estado*, Dykinson, Madrid, 2001, cap. XI; N. Matteucci, «Costituzionalismo» [1992], en Íd., *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Il Mulino, Bologna, 1993, cap. IV, pp. 127-168; R. Bellamy (ed.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty. American and European Perspectives*, Avebury, Aldershot, 1996; R. Bellamy y D. Castiglione (comps.), *Constitutionalism in Transformation. European and Theoretical Perspectives*, Blackwell, Oxford, 1996; G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro y J. Luther (eds.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996; G. Gozzi (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 1997; A. Barbera (ed.), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997; L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997; Íd., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, [2]2009; G. Palombella, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Dedalo, Bari, 1997, trad. cast., *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, Comares, Granada, 2000; Íd., *L'autorità dei diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2002, trad. cast., *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, Trotta, Madrid, 2006; M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna, 1998; Íd., *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999, cap. III, pp. 71-174, trad. cast., *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, [2]2007, pp. 71-164; S. Sastre Ariza, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999; G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 2000; M. Barberis, «Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale»: *Ragion pratica* 14 (2000), 147-162; G. Bongiovanni, *Teorie 'costituzionalistiche' del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Clueb, Bologna, 2000; M. Carbonell (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa, México, 2000; Íd., *La constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, UNAM, México, [2]2002; Íd. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, [4]2009; M. Carbonell y R. Vázquez (comps.), *Estado Constitucional y globalización*, Porrúa, México, 2001; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001; T. Mazzarese, Diritti fondamentali e neocostituzionalismo, en Íd. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 1-69; P. Comanducci, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, *ibid.*, pp. 71-94; Íd., *Constitución y teoría del derecho*, Fontamara, México, 2007; V. Giordano, *Il positivismo e la sfida dei principi*, Esi, Napoli, 2004; G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005; M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo...*, cit.; A. Rentería Díaz, *Costituzione e democrazia. Tensioni, limiti, vincoli*, Giuffrè, Milano, 2005; G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006; P. Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, UNAM,

México, 2006. Pero recuérdense también los viejos ensayos de C. H. McIllwain, *Constitutionalism Ancient and Modern* [1947], trad. it., *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna, 1990; N. Matteucci, «Positivismo giuridico e costituzionalismo»: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 3 (1963); Íd., *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Utet, Torino, 1976, trad. cast., *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid, 1998; G. Rebuffa, *Costituzioni e costituzionalismi*, Giappichelli, Torino, 1990.

35. Véase, *supra*, la nota 2 del capítulo XII.

36. Merece ser reproducido el pasaje central de este famoso veredicto: «Los poderes del legislativo están definidos y limitados, y la constitución está escrita precisamente para que no se cometan errores a propósito de tales límites y no se olvide su existencia. ¿Con qué objeto se limitarían los poderes y con qué objeto la previsión de un límite se confiaría a la forma escrita si tal límite pudiera, en cualquier tiempo, ser eludido por aquellos que deberían estar vinculados? [...] No existe camino intermedio entre estas dos alternativas. O la Constitución es una ley superior, no modificable con medios ordinarios, o bien está en el mismo plano que las leyes ordinarias y, al igual que las demás leyes, es siempre modificable por el poder legislativo. Si es la primera parte de esta proposición la que es verdadera, un acto legislativo contrario a la constitución no es derecho (*is not law*); si la verdadera es la segunda, entonces las constituciones escritas no serían más que absurdos intentos del pueblo de limitar un poder por su naturaleza ilimitado [...] En conclusión: si una ley contrasta con la Constitución, el juez se encuentra con que tiene que elegir entre la aplicación de la ley con la consiguiente inaplicación de la Constitución y la aplicación de la Constitución con la consiguiente inaplicación de la ley: evidentemente, sólo la segunda vía es compatible con los principios enunciados. Es de hecho cierto que quienes elaboran constituciones escritas las conciben como normas destinadas a formar el derecho fundamental y supremo de la nación y que, consiguientemente, el principio de tal forma de gobierno es que es nulo un acto legislativo contrario a la constitución» (*Codice di giustizia costituzionale*, ed. de P. Costanzo, Torino, 1996, pp. 418-419). Por lo demás, la primacía de la constitución como «voluntad del pueblo» sobre la legislación ordinaria había sido afirmada ya en 1787 por uno de los padres de la Constitución americana, Alexander Hamilton: «Y si ocurriese que entre las dos [leyes, la constitucional y la ordinaria] hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última» (A. Hamilton, J. Jay y J. Madison, *The Federalist* [1788], trad. cast., *El Federalista*, FCE, México, [2]2001, § 78, p. 332).

37. La inaplicación de la ley inconstitucional en el caso concreto fue la solución indicada por el juez Marshall en la decisión *Marbury vs. Madison* de 1803 reproducida en la nota anterior. Sobre la diferencia entre «la concentración del control de constitucionalidad de las leyes» a través de la «atribución al tribunal constitucional de la facultad de eliminar la ley inconstitucional de manera general y no en referencia a casos determinados», propia del modelo austriaco después adoptado por la mayor parte de las constituciones europeas de la segunda posguerra, y el modelo americano que confía a todos los jueces el poder de inaplicar

la norma inconstitucional «sólo en el caso concreto» ya que «sigue siendo válida y puede por tanto ser aplicada en otros casos», cf. H. Kelsen, «Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana» [1942], en *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 295-313. Véase también, sobre los dos modelos, H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., pp. 186-187 y 316-318. El inconveniente de la «falta de uniformidad en cuestiones constitucionales» presente en este segundo modelo, observa justamente Kelsen, queda reducido, pero ciertamente no eliminado, por el hecho de que en los Estados Unidos, a causa del valor normativo asociado a los precedentes, «las decisiones del Tribunal Supremo son vinculantes para todos los demás tribunales», de manera que «una decisión de tal Tribunal que rechace la aplicación de una ley en un caso concreto por motivos de inconstitucionalidad tiene en la práctica casi el mismo efecto que una anulación general de la ley» («Il controllo...», cit., p. 301). Totalmente distinto es en fin el tercer modelo de control de constitucionalidad de las leyes: el francés, no ya sucesivo sino preventivo respecto de su entrada en vigor, confiado por la Constitución de la V República a un *Conseil Constitutionnel* cuyos veredictos de inconstitucionalidad impiden la promulgación de la ley.

38. El art. 8 de la Ley constitucional francesa de 25.2.1975 preveía que las modificaciones de la constitución fueran aprobadas por las dos cámaras —Cámara de diputados y Senado— reunidas en una única «asamblea nacional» al efecto. El art. 76 de la Constitución de Weimar de la República alemana preveía, para la aprobación de una ley de revisión, la presencia de al menos los dos tercios de los miembros del *Reichstag* y el voto de al menos dos tercios de los presentes. El art. 195 (antes art. 131) de la Constitución de Bélgica de 17.11.1831 prevé que cuando el «poder legislativo» declare la necesidad de una revisión, las Cámaras se disuelvan y la revisión se apruebe por las nuevas Cámaras con la presencia de al menos los dos tercios de sus componentes y por al menos los dos tercios de los presentes. Análogamente, el art. 94 de la Constitución de Dinamarca de 5.6.1915 preveía, al igual que el art. 88 de la constitución actual de 5.6.1953, la disolución del parlamento después de la aprobación de cualquier propuesta de revisión y la sucesiva votación de ésta por el nuevo parlamento y por un referéndum popular. En los Estados Unidos, en fin, el art. 5 de la Constitución exige que la propuesta de una enmienda sea presentada por los dos tercios de los componentes de las Cámaras o por dos tercios de los parlamentos de los Estados: en el primer caso, la enmienda se aprueba si es votada por los órganos legislativos de las tres cuartas partes de los Estados; en el segundo, si es aprobada por una mayoría de tres cuartos de los miembros de una Asamblea al efecto convocada por el Congreso. Sobre los procedimientos de revisión en las constituciones de la segunda posguerra, véase, *infra*, la nota 99.

39. Como es sabido, la introducción del Tribunal constitucional en la Constitución austriaca de 1.10.1920 (arts.137-148) fue obra de Hans Kelsen, que elaboró el proyecto a petición del Gobierno y fue él mismo, durante muchos años, miembro del Tribunal y su ponente permanente. Véanse los ensayos sobre el control de constitucionalidad de las leyes ahora recogidos en H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., y, en particular, el ensayo de 1928, «La garanzia giurisdizionale della costituzione», *ibid.*, pp. 143-206; hay trad. cast. de este último, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en H. Kelsen, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., pp. 109-155.

40. A. Pace, «La 'naturale' rigidità delle costituzioni scritte»: *Giurisprudenza costituzionale* (1993), 4085 ss., e Íd., «La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello statuto albertino e di qualche altra costituzio-

ne» [1996], ahora en Íd., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, [2]2002, pp. 1-97. Según Pace, una constitución no rígida sino flexible, esto es, derogable por la ley ordinaria, no es en realidad una constitución. Cf. además M. Bignami, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Giuffrè, Milano, 1997, que ha sostenido que el Estatuto albertino del Reino de Italia no era en realidad una constitución flexible sino rígida, más aún, rigidísima, precisamente por carecer de normas sobre su revisión.

41. Sobre la decisiva contribución de Kelsen, en el plano teórico y en el institucional, a la afirmación del paradigma constitucional, véase G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, Giuffrè, Milano, 1998; Íd., «Stato di diritto e giustizia costituzionale. Hans Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920», en P. Costa y D. Zolo (eds.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 316-346. Ha de recordarse por lo demás que ya Jellinek formuló la idea de una *lex fundamentalis* dotada de «una fuerza mayor que las demás leyes», rastreando sus orígenes en las *lois fondamentales de l'État* afirmadas por Charles Loyseau en los tiempos de Enrique IV como límite a la potestad regia, y, sobre todo, en el *Agreement of the People*, es decir, en el contrato del pueblo elaborado por los *Levellers* o *Niveladores* en el curso del movimiento revolucionario inglés de 1647, en el que «se distingue perfectamente entre principios fundamentales y principios no fundamentales» —los primeros intangibles por el Parlamento como «derechos inalienables de la nación misma»— y con el cual, así pues, «muéstrase por vez primera, con necesidad lógica, esta idea: que la Constitución, que forma el contrato fundamental, es una ley superior a las que sobre este contrato se fundan» (G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* [1900], trad. cast. de F. de los Ríos, Comares, Granada, [2]2000, cap. XIV, § 1, pp. 502-503).

42. H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 137: las normas «permanecen válidas mientras no son derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine». Véanse también los pasajes de Kelsen reproducidos en las notas 25 y 26 del capítulo IX. Para una crítica de estos residuos paleoiuspositivistas en el pensamiento de Kelsen y en la filosofía ius-analítica, reenvío a mi escrito *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 92-113.

43. J. Bentham, *Anarchical Fallacies*, trad. fr. de 1816 de É. Dumont, *Sophismes anarchiques*, en *Œuvres*, Hauman, Bruxelles, 1829-1830, vol. I, pp. 505-526. Sobre este ensayo benthamiano véase, *supra*, la nota 66 del capítulo XI.

44. *Ibid.*, p. 512.

45. *Ibid.*, p. 513.

46. *Ibid.*, p. 526.

47. Es la definición de iusnaturalismo propuesta por N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, cit., § 12, p. 49, ahora en Íd., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 32, trad. cast. de E. Rozo, *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, [2]1991, p. 40.

48. Al «derecho natural», escribe Bobbio, «se le concebía como 'derecho común' (*koinòs nómos* lo llama precisamente Aristóteles) y al positivo como derecho especial o particular de una determinada *civitas*; por tanto, atendiendo al principio por el que el derecho particular prevalecía sobre el general (*lex specialis derogat generali*), el derecho positivo prevalecía sobre el natural siempre que hubiera contradicción entre ambos» (*Il positivismo giuridico* [1961], reed., Giappichelli, Torino, 1996, pp. 13-14, trad. cast. de R. de Asís, *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra*,

Debate, Madrid, 1999, p. 43). La relación entre derecho natural o común y derecho positivo o estatutario no era sin embargo unívoca: algunas instituciones de *ius naturale*, como la propiedad o los intercambios comerciales, estaban en todo caso «sustraídos al arbitrio del legislador» (así P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. I. *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, cap. I, § 8, p. 34).

49. «La acción social, como toda acción, puede ser: 1) *racional con arreglo a fines*: determinada por expectativas en el comportamiento tanto de objetos del mundo exterior como de otros hombres, y utilizando esas expectativas como 'condiciones' o 'medios' para el logro de *fines* propios racionalmente sopesados y perseguidos» (M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* [1922], trad. cast., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, FCE, México, 7.ª reimp. [2]1984, I, I, § 2, p. 20). «Actúa racionalmente con arreglo a fines quien oriente su acción por el fin, medios y consecuencias implicados en ella, y para lo cual *sopese* racionalmente los medios con los fines, los fines con las consecuencias implicadas y los diferentes fines posibles entre sí» (*ibid.*, p. 21).

50. Es el pasaje de la *Política* de Aristóteles aquí citado en la nota 2 del capítulo X.

51. «El gobierno arbitrario de un príncipe justo e ilustrado es siempre malo. Sus virtudes son la más peligrosa y la más segura de las seducciones: ellas habitúan insensiblemente a un pueblo a amar, a respetar, a servir a su sucesor, sea como sea, malo o estúpido [...] El derecho de oposición, por insensata que ésta pueda ser, es sagrado: sin él los súbditos se asemejan a un rebaño cuyos lamentos se desprecian con el pretexto de que se le lleva a buenos pastos. Al gobernar según su arbitrio, el tirano comete el más grande de los delitos. ¿Qué es lo que caracteriza al déspota? ¿Es la bondad o la maldad? Nada en absoluto: estas dos nociones no entran ni siquiera en su definición. Es la extensión y no el uso de la autoridad lo que se arroga. Una de las más grandes desgracias que pueden ocurrirle a una nación serían dos o tres reinados de un dominio justo, dulce, iluminado, pero arbitrario: los pueblos serían llevados desde el bienestar hasta el completo olvido de sus privilegios, hasta la esclavitud más absoluta» (D. Diderot, *Confutation de Helvétius* [1774], trad. it., «Confutazione di Helvétius», en *Scritti politici*, Utet, Torino, 1967, p. 476 [aunque hay trad. cast. de este escrito en *Escritos políticos*, ed. de A. Hermosa Andújar, Madrid, CEC, 1989, se trata de una selección fragmentaria que no incluye este pasaje: *N. del T.*]). De manera análoga, J. S. Mill, *Considerations on Representative Government* [1861], *Del gobierno representativo*, Tecnos, Madrid, 1985, cap. III, pp. 30-31: «Se ha repetido durante largo espacio de tiempo [...] que si se encontrase un buen déspota la monarquía despótica sería la mejor forma de gobierno. Supónese que, en manos de un individuo eminente, aseguraría el poder absoluto el cumplimiento virtuoso e inteligente de todos los deberes del gobierno. Sea; quiero concederlo todo [...] ¿Qué tendremos entonces? Un hombre de actividad intelectual sobrehumana dirigiendo todos los asuntos de un pueblo intelectualmente pasivo. La nación como colectividad y los individuos que la componen no tiene ninguna influencia sobre su propio destino. Carecen de voluntad en lo relativo a sus intereses colectivos. Una voluntad que no es la suya, y a la cual no pueden desobedecer sin incurrir en un crimen legal, lo resuelve todo por ellos. ¿Qué clase de hombres pueden formarse bajo parecido régimen? ¿Cuál será el desenvolvimiento de sus facultades intelectuales y activas?». Véase también *infra*, contra el «gobierno de los hombres» en lugar del «gobierno de las leyes», el § 14.5 y las notas allí referidas.

52. Ch. Montesquieu, *De l'Esprit des lois* [1748], trad. cast. de M. Blázquez y P. de Vega, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972, lib. XI, cap. 4.

53. B. Constant, «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», cit., en *Escritos políticos*, p. 263: «La guerra es anterior al comercio, ya que la guerra y el comercio no son más que dos medios diferentes de alcanzar el mismo fin: el de obtener lo que se desea. El comercio no es más que el reconocimiento de la fuerza del poseedor por parte del aspirante a la posesión. Es el intento de obtener por las buenas lo que no se espera ya conquistar por la violencia. A un hombre que fuera siempre el más fuerte, no se le ocurriría jamás la idea del comercio. La experiencia, al demostrarle que la guerra —es decir, el empleo de su fuerza contra la fuerza del otro— le expone a problemas y a fracasos, le lleva a recurrir al comercio, es decir, a un medio más suave y más seguro para hacer que el interés del otro sea consentir en lo que conviene al propio interés. La guerra es impulso, el comercio es cálculo. Y por ello tenía que llegar una época en que el comercio sustituyera a la guerra. Ya hemos llegado a esa época».

54. La idea del contrato social, como resulta de los pasajes citados *supra* en la nota 22, ha solido estar conectada —de Hobbes a Locke, de Hume a Rousseau y a Beccaria— a la función instrumental del Estado y utilitarista del derecho. La misma idea es en cambio concebida por Kant como deber moral carente de cualquier carácter utilitario. Recuérdese el pasaje de I. Kant, «En torno al tópico...», cit., p. 262, donde el «*contrato originario*» se configura no ya como «un *hecho*» sino como «una *mera idea* de la razón», carente de toda implicación utilitarista: tesis que se concilia con la del carácter «inescrutable» del «origen del poder», reproducida *supra* en la nota 3 del capítulo XII y, por otro lado, con la idea del «cuerpo común» constituido por el «contrato originario» como «unión fin en sí misma», reproducida en las notas 11 y 23 de este capítulo, además de con las críticas durísimas dirigidas por Kant al derecho popular de resistencia referidas en la nota 154. El paso del estado de naturaleza al estado civil resulta ahí calificado en sentido normativo, y precisamente como imperativo moral: «Del derecho privado en el estado de naturaleza surge, entonces, el postulado del derecho público: en una situación de coexistencia inevitable con todos los demás, debes pasar de aquel estado a un estado jurídico, es decir, a un estado de justicia distributiva» («Principios metafísicos de la doctrina del derecho», cit., § 42, p. 137); «Lo primero que el hombre se ve obligado a decidir, si no quiere renunciar a todos los conceptos jurídicos, es el principio: es menester salir del estado de naturaleza» (*ibid.*, § 44, p. 141). El mismo rasgo prescriptivo, por lo demás, como se verá en las notas 26 y 229 del capítulo XVI, viene asociado por Kant también al paso del estado de naturaleza en el que se encuentran los Estados entre sí al estado civil de su común sujeción al derecho cosmopolita.

55. Aristóteles, *Política*, I, 2, 1252b-1253a, trad. de M. García Valdés, Gredos, Madrid, 1988, pp. 49-50: «De aquí que toda ciudad es por naturaleza [...] De todo esto es evidente que la ciudad es una de las cosas naturales, y que el hombre es por naturaleza un animal social». El «todo esto» que precede se refiere al carácter «natural» de todas las distintas relaciones sociales, de la «familia» a la «aldea», hasta la «comunidad perfecta de varias aldeas» y que «es la ciudad»: «En primer lugar, es necesario que se emparejen los que no pueden existir el uno sin el otro, como la hembra y el macho con vistas a la generación [...] y el que manda por naturaleza y el súbdito, para su seguridad. En efecto, el que es capaz de prever con la mente es un jefe por naturaleza y un señor natural, y el que puede con su cuerpo realizar estas cosas es súbdito y esclavo por naturaleza; por eso al señor y al esclavo interesa lo mismo. Así pues, por naturaleza está establecida una diferencia entre la hembra y el esclavo» (*ibid.*, 1252a-1252b, cit., pp. 46-47).

56. Cf. en este sentido G. Solari, *La formazione storica e filosofica dello stato moderno* [1929-1931], reimp., Giappichelli, Torino, 1962, en particular

los capítulos I y III. «Para explicar el paso del estado de naturaleza al estado civil y político», escribe Solari, «surgió la idea de un pacto en virtud del cual los hombres, para garantizarse recíprocamente sus naturales derechos, crean el Estado: el cual no tiene ya origen natural o divino, sino contractual, es decir, voluntario y consensuado» (*ibid.*, cap. III, § 7, p. 55). Esta concepción pacticia de la constitución como regla «inmutada» y esfera de lo no decidible, en oposición a la esfera «contingente» de lo decidible propia de las funciones de gobierno —en breve, el paradigma del actual constitucionalismo— fue lúcidamente expresada por Henry Saint-John Bolingbroke, *A Dissertation upon Parties, to the Right Honorable Sir Robert Walpole* [1735], en *The Works*, II, Philadelphia, 1841, trad. it. en *Antologia dei costituzionalisti inglesi*, ed. de N. Matteucci, Il Mulino, Bologna, 1962, pp. 160-162: «Por constitución entendemos, cuando hablamos con propiedad y exactitud, ese conjunto de leyes, instituciones y costumbres, derivadas de ciertos inmutables principios de razón y dirigidas a ciertos inmutables fines de bien público que constituyen el conjunto del sistema según el cual la comunidad ha convenido y aceptado ser gobernada [...] La constitución es la regla y la norma según la cual nuestros príncipes deberían gobernar en todo tiempo; el gobierno es la regla con la que ellos gobiernan en efecto en todo momento contingente. Una puede permanecer inmutada; el otro puede, y tal y como está hecha la naturaleza del hombre, debe variar. La una es la piedra de toque con la que debemos probar al otro: y por cierto que tenemos el derecho de hacerlo, ya que si debemos necesariamente estar sujetos al gobierno de nuestros reyes, nuestros reyes deben a su vez gobernar permaneciendo sujetos a la constitución; y la conformidad o no conformidad con ella de su gobierno determina la medida de nuestra sumisión a ellos, según los principios de nuestra Revolución y nuestra actual ordenación política» (la referencia es a la Gloriosa Revolución de 1688-1689); y más adelante: «Todos nosotros, de cualquier parte y de cualquier categoría y tendencia, nos hemos acostumbrado durante mucho tiempo, por estupidez o por malicia, a valorarnos recíprocamente según el celo y la proximidad a este o a aquel partido, a este o a aquel gobierno; y a atribuirnos mérito por haber vuelto y revuelto la constitución en sentidos distintos con el fin de hacerla servir a los distintos propósitos de cada uno de nosotros. Es realmente ya tiempo de que todos aprendamos, si eso es posible todavía, a valorarnos principalmente conforme a nuestra proximidad a la constitución: a hacer de modo que todos los gobiernos, y todavía más todos los partidos, se inclinen ante ella, y a hacer de modo que no soporten el plegarse a nadie [...] Serían peor que ciegos, si es que existen los de esa clase, los que no admitan hoy, y en nuestra ordenación política, que nuestra constitución es, en el sentido más estricto, un contrato, un contrato bilateral entre el príncipe y el pueblo, como siempre lo ha sido y todavía lo es, entre los órganos representativos y la colectividad de la nación».

57. Recuérdese el nexo de recíproca implicación establecido por la definición D12.23 y por la tesis T12.111 entre 'democracia constitucional' y 'constitución democrática'. No es superfluo precisar que «constitución» no equivale a «constitución escrita en un único texto». Inglaterra, por ejemplo, es una democracia sin una constitución formal, aun si dotada de una pluralidad de normas constitucionales expresadas por diversas fuentes escritas apoyadas, como se dirá en la nota 95, por la fuerza de la tradición: la *Magna Charta* de 1215, la *Petition of Rights* de 1628, el *Habeas Corpus Act* de 1679, el *Bill of Rights* de 1689, el *Act of Settlement* de 1700, los *Judicature Acts* de 1873-1875, el *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act* de 1925, los *Parliament Acts* de 1911 y de 1949 y el *Crown Proceedings Act* de 1947. Pero esto significa sólo que la democracia inglesa es (hasta hoy) lo suficientemente fuerte como para poderse permitir el no

tener una constitución escrita sistemática y unitaria; a diferencia de allí donde constituciones formalmente rígidas se han afirmado como solemnes «nunca más» tras la derrota de los totalitarismos, precisamente en esos países —Italia, Alemania, España, Portugal— en los que las democracias se habían derrumbado a causa de su debilidad. Eso no impide que una constitución formal rígida pueda ser hoy deseable también en Inglaterra, aunque no sea más que para evitar las derivas antiliberales que, como se verá en el capítulo XV, se expresan por los modernos procedimientos de emergencia restrictivos del *habeas corpus*.

58. D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?* [1994], trad. it., «Una costituzione per l'Europa?», en G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro y J. Luther (comps.), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 339-367; D. Zolo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milano, 1995, pp. 155-160, trad. cast., *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, Paidós, Barcelona, 2000; M. Luciani, «La costruzione giuridica della cittadinanza europea», en G. M. Cazzaniga (ed.), *Metamorfosi della sovranità. Tra Stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, Ets, Pisa, 1999, pp. 89-96; Íd., «Diritti sociali e integrazione europea»: *Politica del diritto* (2000), 367 ss.; Íd., *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, en G. Bonacchi (ed.), *Una costituzione senza Stato*, Ricerca della Fondazione Lelio e Lisli Basso, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 74 ss.; C. Offe, «Esiste, o può esistere una 'società europea'?», en *Sfera pubblica e costituzione europea. Annali 2001 della Fondazione Lelio e Lisli Basso*, Carocci, Roma, 2002, pp. 95-119; P. C. Schmitter, «Il futuro dell'Europa. Una singolare pluralità di alternative», *ibid.*, pp. 121-141; G. Ferrara, «Europa: il progetto di Giscard. Un semilavorato inquietante»: *La rivista del manifesto* 34 (2002), 26 ss.; Íd., «La costituzione per l'Europa. Il naufragio di Bruxelles», *ibid.* 46 (2004), 23-25; Íd., *La Costituzione...*, cit.; S. Dellavalle, *Una costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce della concezione del popolo come 'potere costituente'*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 157-182 y 210-225; y, en términos problemáticos, M. Dogliani, «Può la costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?»: *Democrazia e diritto* 2 (2003), 80-90. Sobre las complejas relaciones entre constitución y pueblo, véase además M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, cit.

59. Recuérdese el pasaje de Cicerón citado en la nota 47 del capítulo VII según el cual «omnis *civitas*... est *constitutio populi*» [toda ciudad... es el asentamiento de un pueblo] y «omnis res publica, quae ut dixi populi res est, consilio quodam regenda est, ut diuturna sit» [toda república, que, como he dicho, es 'la cosa del pueblo', debe regirse por algún tipo de asamblea para ser duradera] (*De re publica*, en «Collezione romana» diretta da Ettore Romagnoli, Istituto Editoriale italiano, Roma, 1928, lib. I, XXVI, p. 70). El carácter de *res publica constituta* del ordenamiento romano está bien ilustrado por M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994, cap. III, pp. 73-109, que reconstruye —conforme sobre todo a los estudios de Th. Mommsen, *Römische Geschichte* [1854-1856], trad. cast., *Historia de Roma*, Aguilar, Madrid, lib. I, cap. V, 1956— el carácter normativo y constitutivo de la *res publica* que tuvo en la Roma antigua la constitución republicana, fundada en la igualdad y en el fundamento popular de los poderes públicos.

60. Cf. por ejemplo C. F. von Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* [1865], trad. it., «Lineamenti di diritto pubblico tedesco», en Íd., *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1971, Apéndices, II, pp. 200-201: «El pueblo es la base fundamental de la personalidad del Estado. Eso quiere decir que el Estado existe en virtud de este pueblo, que representa al pueblo mismo en su configuración política. El pueblo sin embargo no es la suma de los hombres concretos vivientes en

un cierto momento, sino que es ese todo espiritualmente unido de una historia común que encuentra en la generación actual solamente su manifestación en el presente. El pueblo en este sentido viene llevado, en el Estado y a través del Estado, a la unidad jurídica». Recuérdese también la configuración organicista del pueblo en los pasajes de Savigny citados, *supra*, en la nota 44 del capítulo VII.

61. C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., § 1 p. 29 y § 3 p. 46; cf. también *ibid.*, § 18, pp. 234 ss. Para una crítica más analítica de estas tesis, remito a mi *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 172-174, 335-337 y 371-381, y a «Dalla Carta dei diritti alla formazione di una sfera pubblica europea», en *Sfera pubblica e costituzione europea*, cit., pp. 81-93.

62. El significado axiológico (y/u ontológico) del universalismo de los derechos corresponde, obviamente, a la concepción dominante entre los teóricos y los filósofos del derecho de orientación diversamente iusnaturalista. Me limito a remitir a J. M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* [1980], trad. cast., *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000; A. Ollero Tassara, *Derechos humanos y metodología jurídica* [1989], trad. it. de I. Trujillo Pérez, *Diritto 'positivo' e diritti naturali*, Giappichelli, Torino, 1998; los numerosos ensayos recogidos por F. D'Agostino, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1996; F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2000. Sustancialmente análoga es la concepción ético-cognoscitivista de la universalidad de tales derechos expresada, como se verá en el § 16.18, por los llamados *Western globalists*, que la entienden igualmente en sentido ontológico, axiológico o en todo caso consensualista. El significado empírico o sociológico del mismo universalismo corresponde en cambio a la concepción de los derechos fundamentales presente entre cuantos —comunitaristas o realistas— niegan su universalidad en referencia, de nuevo, no ya a su forma lógica universal sino a su origen occidental y a la falta de un consenso universal en torno a su valor: cf., en particular, A. MacIntyre, *After Virtue. A Study in Moral Theory* [1981], trad. cast. de A. Valcárcel, *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 1987; D. Zolo, *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, cit.; Íd., *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Torino, 2000, cap. III, § 6, pp. 106-111; L. Baccelli, *Il particolarismo dei diritti. Poteri degli individui e paradossi dell'universalismo*, Carocci, Roma, 1999, quien entre otras cosas ofrece una reseña crítica de las tesis universalistas en sentido axiológico o consensual sostenidas por autores como J. Rawls, R. Dworkin, J. Habermas; Íd., *Derechos sin fundamento*, en L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 197-213. Es probable que esta concepción consensualista de la universalidad de los derechos fundamentales haya sido favorecida, entre otras cosas, por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, votada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en la que el adjetivo «universal» está asociado a «Declaración»: «Hoy se puede decir», escribe Bobbio, «que el problema del fundamento de los derechos humanos ha tenido su solución en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. La Declaración Universal de Derechos Humanos representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por tanto, reconocido: esta prueba es el consenso general acerca de su validez. Los iusnaturalistas habrían hablado de *consensus omnium gentium* o *humani generis*» (*El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 64). Se trata, en todo caso, de una concepción fuertemente desorientadora. Como veremos en el § 16.18, precisamente la asociación indebida de la universalidad, en vez de a la estructura lógica de

los derechos humanos (como derechos conferidos normativamente a todos), a su concepción (como derechos a los que de hecho se presta o a los que en todo caso se debe un consenso universal), está en la base de la incomprensión de su papel garantista tanto entre sus defensores como entre sus críticos.

63. Cf. para una crítica liberal y anticomunitarista de los llamados «derechos culturales», E. Garzón Valdés, «Diritti umani e minoranze»: *Ragion pratica* 2/2 (1994), 55-77; F. Baroncelli, «Hanno le culture diritti sugli individui? Sul liberalismo olistico di Charles Taylor»: *ibid.*, 11-31; P. Comanducci, «Diritti umani e minoranze: un approccio analitico e neo-illuminista»: *ibid.*, 32-54; Íd., «Autonomia degli individui o autonomia delle culture?», en L. Gianformaggio y M. Jori (comps.), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 225-245. Una crítica severa del comunitarismo y del multiculturalismo, incluso en sus formas de sincretismo liberal-comunitarista propuestas por el segundo Rawls, Ronald Dworkin, Michael Walzer y Will Kymlicka, se desarrolla en el bello libro de E. Vitale, *Liberalismo e multiculturalismo. Una sfida per il pensiero democratico*, Laterza, Roma-Bari, 2000. Cf. también, de E. Vitale (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2000, con escritos de E. Vitale, M. Walzer, A. E. Galeotti, P. Comanducci, A. Pizzorusso, E. Riedel y L. Ferrajoli. Sobre el nexo entre igualdad, diferencias religiosas y culturales y laicidad, cf. en fin, por último, N. Colaianni, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2006.

64. I. Kant, «Principios metafísicos de la doctrina de la virtud», en *La metafísica de las costumbres*, cit., pp. 241 y 249. La máxima kantiana ha sido reformulada como tesis metaética o «lógica» de la «universalizabilidad de los juicios morales» por R. M. Hare, *The Language of Morals* [1952], trad. cast. de G. Carrió y E. Rabossi, *El lenguaje de la moral*, UNAM, México, 1975, cap. 4; Íd., *Freedom and Reason* [1963], trad. it. de M. Borioni, *Libertà e ragione*, Il Saggiatore, Milano, 1971, cap. III, pp. 61-85.

65. A. Sen, *Globalizzazione e libertà*, Mondadori, Milano, 2002, p. 77. Véanse también las críticas al prejuicio occidental según el cual «los 'valores asiáticos' serían particularmente refractarios a la libertad» y a los demás derechos humanos, los cuales reflejarían en cambio una cultura «típicamente 'occidental'», dirigidas por Amartya Sen, *Development as Freedom* [1999], trad. cast., *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona, 2000; Íd., *Human Rights and Asian Values* [1997], trad. it. en *Laicismo indiano*, Feltrinelli, Milano, 1999, cap. 7, pp. 147-166; Íd., *Globalizzazione e libertà*, cit., pp. 69-78. Contra este prejuicio eurocéntrico, Amartya Sen, además de subrayar la total heterogeneidad, en el tiempo y en el espacio, de los valores y las culturas asiáticas (como por lo demás de las occidentales), recuerda los muchos pensadores indios, chinos y musulmanes que, en las épocas más diversas y mucho antes de nuestra Ilustración, han defendido el valor universal de las libertades y de la tolerancia.

66. Es la noción de solidaridad como el compartir entre todos las obligaciones correspondientes a los derechos fundamentales a su vez de todos, expresada por el art. 2 de la Constitución italiana como uno de los fundamentos de la República: «La República [...] exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social» correspondientes a los «derechos inviolables del hombre, bien como individuo bien en las formaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad». Recuérdese además el art. 19 del proyecto de Constitución napolitana de 1799 reproducido en la nota 95 del capítulo XIV. Sobre la noción de «solidaridad» cf., además de los trabajos de Javier de Lucas referidos en la nota 40 del capítulo X, la «apuesta» por un nuevo «código de la fraternidad» como condición de convivencia en la edad de la globalización, en

oposición al paradigma schmittiano del «enemigo», en el bello libro de E. Resta, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

67. Remito, sobre el nexo entre amor propio, sentimiento cívico, solidaridad y lucha por los derechos, a mi *Derecho y razón*, cit., § 63.2, pp. 944-945. Según Hans Kelsen, este sentimiento está también en la base de la democracia: «En el ideal de la democracia [...] convergen dos postulados de nuestra razón práctica [...] En primer lugar, la protesta contra la coacción resultante del estado social [...] El peso de la voluntad ajena, impuesto por el orden social, es tanto más abrumador cuanto más intensamente se manifiesta en el hombre la conciencia del propio valer al rechazar la superioridad de los demás, y mientras más profundamente alientan contra el señor o el imperante los sentimientos de los súbditos: 'Él es un hombre como yo y todos somos iguales. ¿De dónde emana su derecho a mandarme?'. Así la idea absolutamente negativa y antiheroica de la *igualdad* presta base a la aspiración, también negativa, hacia la *libertad*» (*Esencia y valor de la democracia*, cit., pp. 15-16). Pero cf. también, sobre el nexo entre «virtudes políticas», «amor por la democracia» y sentido de la «igualdad» los pasajes de Montesquieu aquí referidos en las notas 118-119.

68. S. Holmes y C. R. Sunstein, *The Costs of Rights. Why Liberty depends on Taxes* [1999], trad. it., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, Bologna, 2000.

69. A. Sen, *Resources, Values and Development* [1984], trad. it., *Risorse, valori, sviluppo*, Bollati Boringhieri, Torino, 1982, cap. V, pp. 122-141; Íd., *On Ethics and Economics* [1987], trad. cast., *Sobre ética y economía*, Alianza, Madrid, 2003; Íd., *Desarrollo y libertad...*, cit. La idea de las libertades como «no garantía de aislamiento egoísta, sino garantía de expansión social» fue expresada también por P. Calamandrei, «L'avvenire dei diritti di libertà», cit., p. 375.

70. A. Sen, *Globalizzazione e libertà*, cit., pp. 142-143. Véase, *infra*, el § 15.21.

71. Este prejuicio está tan enraizado que se ha llegado a concebir los derechos sociales como «derechos *sui generis*, relativos y no absolutos, condicionados y no incondicionados». Ésta es la singular tesis sostenida apodícticamente por Giovanni Sartori, en contraste con los dictados constitucionales: a diferencia de los «derechos 'sin coste'», como serían los tradicionales derechos de libertad «que no se transfieren al presupuesto del Estado como apuntes de gasto» (como si los aparatos policiales y judiciales predispuestos para su garantía no costasen nada), estos «derechos *sui generis*», declara Sartori, «son debidos en la medida de lo posible y bajo la condición de que su coste material sea pagable. Si se quiere, las expectativas son 'debidas' si la caja está llena pero no si está vacía» (G. Sartori, *Democrazia. Cosa è*, Rizzoli, Milano, 1993, Apéndice, IX, pp. 323-324; trad. cast., *¿Qué es la democracia?*, Taurus, Madrid, ²2007, pp. 430 y 432 [trad. cast. modificada: *N. del T.*]).

72. Cf. A. Pintore, «Derechos insaciables», cit., en L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 258, según el cual mi tesis de que los derechos fundamentales implican las obligaciones y las prohibiciones a ellos correspondientes, por mí llamadas «garantías primarias» (D10.39), supondría un «espacio moral [...] ilimitado y, por tanto, indefinidamente expansible» de la «*extensión*» de tales derechos, cada uno de los cuales tendría una «'superficie' [...] delimitada con precisión». Me parece que esta singular concepción espacial y aritmética de la «extensión» de los derechos fundamentales ha sido desmentida por la historia de nuestras democracias en conjunto. Cf. mi réplica, *ibid.*, III, § 6, pp. 339-355, y, además, las relaciones de complementariedad entre derechos de libertad y derechos sociales (§§ 15.17 y 15.18), entre derechos civiles

y los demás derechos fundamentales (§ 14.18), entre libertades de reunión y de asociación y libertad de manifestación del pensamiento (§ 15.8), entre libertad de información y derecho a la información (§§ 15.7 y 15.22) y, más en general, entre legitimación formal y legitimación sustantiva, además de entre las correspondientes dimensiones de la democracia (§ 15.23).

73. L. Prieto Sanchís, «Constitucionalismo y garantismo», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo...*, cit., pp. 46-47. Críticas análogas se me han dirigido por J. J. Moreso, «Sobre los conflictos entre derechos», *ibid.*, pp. 159-170, por P. Comanducci, «Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales», *ibid.*, pp. 105-118, y por A. Greppi, «Democracia como valor, como ideal y como método», *ibid.*, pp. 350-357.

74. Conflictos de este tipo, como recuerdan tanto L. Prieto, «Constitucionalismo y garantismo», cit., p. 49, como J. J. Moreso, «Sobre los conflictos entre derechos», cit., p. 160, han sido expresamente reconocidos y ejemplificados por mí en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., III, § 6, pp. 350-353.

75. L. Prieto, «Constitucionalismo y garantismo», cit., p. 49; J. J. Moreso, «Sobre los conflictos entre derechos», cit., p. 160. La distinción a la que se refieren tanto Prieto como Moreso está en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 351.

76. Prieto propone otros dos contraejemplos: el del conflicto entre la libertad religiosa de los testigos de Jehová que rehúsan las transfusiones de sangre para ellos y sus hijos o el de los creyentes de una religión que impone sacrificar corderos y el derecho a la vida y a la salud («Constitucionalismo y garantismo», cit., p. 50). No me parecen ejemplos pertinentes. Excluido que se pueda hablar de «libertad religiosa» del hijo a propósito del rechazo de las transfusiones en su beneficio por parte (no del hijo, que es titular de tal libertad, sino) de los padres, la libertad religiosa de los adultos y, todavía antes, su inmunidad frente a tratamientos sanitarios obligatorios derivada del derecho a la intangibilidad de su cuerpo, no están en absoluto en conflicto con su «derecho» a la vida o a la salud, sino si acaso con un hipotético deber de sobrevivir y de curarse, que ciertamente bien podría figurar en una constitución paternalista. En tal caso, el derecho a la intangibilidad del propio cuerpo estaría en efecto limitado, al igual que la libertad religiosa; pero lo estaría no ya por otro derecho fundamental, es decir, por una expectativa de no lesión, sino, precisamente, por una especie de deber público, patentemente antiliberal, de someterse a tratamientos sanitarios obligatorios. En cuanto al derecho de sacrificar corderos en determinadas formas impuestas por la propia religión, por hipótesis lesivas de la salud pública, no es en absoluto una inmunidad fundamental, sino un derecho de libertad activa —la libertad *de* culto— cuyo ejercicio, como el de todos los derechos activos de libertad, encuentra el límite de la prohibición de causar daño a otros. Si luego las formas de sacrificio no fueran lesivas de(l derecho a) la salud pública, la libertad activa de culto resultaría limitada por una prohibición y no ciertamente por otro derecho de terceros.

77. Análogamente, la Constitución española establece, a propósito de las libertades de manifestación del pensamiento y de enseñanza, que «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia» (art. 20, n.º 4). Y a propósito del derecho de huelga afirma: «La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad» (art. 28, n.º 2). Moreso —además de los dos casos anteriores, en los que no existe conflicto, teniendo los dos derechos de libertad ejemplificados exactamente los contenidos

y los límites (contingentes en el plano teórico pero no ciertamente en el plano jurídico y político) establecidos por las normas que los enuncian— propone otro ejemplo: entre libertad de prensa y facultad «de distribuir periódicos con polvos de ántrax» con el consiguiente «grave peligro para la integridad física de los lectores» («Sobre los conflictos entre derechos», cit., pp. 163 y 167). Pero aquí la libertad de prensa no entra para nada. Estamos en efecto en presencia de un delito de atentado a la salud pública, previsto por todos los códigos penales como límite a la libertad extrajurídica o salvaje que he llamado «natural».

78. Sobre este punto concuerda L. Prieto, «Constitucionalismo y garantismo», cit., p. 51.

79. Son las dos palabras usadas por el art. 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en Niza por el Consejo europeo el 7-8.12.2002: «Las eventuales limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deben estar previstas por la ley y respetar el *contenido esencial* de dichos derechos y libertades» (cursiva mía).

80. He insistido repetidamente en el carácter no de conflicto sino de subordinación revestido por la relación entre el ejercicio de los derechos secundarios de autonomía y el conjunto de los derechos fundamentales en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., III, § 3, pp. 308-314; § 5, pp. 333-334; y § 6, pp. 353-354. Remito además a mis «Il diritto privato del futuro: libertà, poteri, garanzie», en P. Perlingieri (ed.), *Il diritto privato futuro*, Esi, Napoli, 1993, pp. 13-30; «Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado», en M. Carbonell, H. A. Concha Cantú, L. Córdova y D. Valadés (coords.), *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, UNAM, México, 2002, pp. 101 ss.; «Proprietà e libertà»: *Parolechiave* 30 (2003), 13-29 y, en particular, el § 4, 23-27; «Per un costituzionalismo di diritto privato»: *Rivista critica del diritto privato* XII/1 (2004), 11-24 y, en particular, el § 2, 12-18.

81. P. Comanducci, «Problemas de compatibilidad...», cit., pp. 112-113. Comanducci añade que al haber sostenido yo que «los derechos secundarios, sean civiles o políticos, al ser ejercidos mediante actos que producen efectos jurídicos, son además poderes y, como tales, se encuentran sometidos, en el estado de derecho, a límites y vínculos legales» (*ibid.*, p. 112), mi teoría habría pasado de un plano formal «a un plano que es a la vez explicativo y normativo: explicativo de una específica realidad jurídica, el estado constitucional de derecho; y normativo en sentido no sólo metodológico, como era hasta aquí, sino también ético-político» (*ibid.*), contradiciendo así la gran división por mí siempre firmemente reivindicada (p. 114). Ahora bien, dejando dicho que el carácter formal de la teoría no excluye en absoluto su capacidad explicativa, sin la cual la teoría no sirve para nada, una de dos: o mi tesis tal y como se ha recogido arriba (T10.30-T10.32, T11.76-T11.77, T12.129-T12.130) es (aceptada por Comanducci como) plausiblemente verdadera o bien es (rechazada como) falsa. En este segundo caso, es decir, si se considerase y se argumentase —lo que no hace y estoy seguro de que no piensa Comanducci— que en el estado constitucional de derecho los poderes (o más exactamente su ejercicio) no están sujetos a la ley, sea constitucional u ordinaria, mi tesis sería en efecto normativa. Si, en cambio, la susodicha tesis se considera fundada, entonces en ella no hay nada de normativo, sino sólo la explicación, exigida por las finalidades cognoscitivas y por el alcance empírico de la teoría, de esa «específica realidad jurídica [que es hoy] el estado constitucional de derecho».

82. Moreso, a su vez, enumera una serie de derechos que pueden ser limitados por el ejercicio de la autonomía privada («Sobre los conflictos entre

derechos», cit., pp. 164-165): el derecho de los trabajadores a vestirse según sus gustos en contraste con la directiva del empleador de llevar un determinado uniforme; el derecho, por ejemplo, de un defensor de los animales a entrar o a seguir formando parte de una asociación privada de cazadores; la libertad de contraer o no contraer matrimonio, que resultaría lesionada por un testamento que condicionara una disposición testamentaria al matrimonio del heredero o del legatario designado. Sin embargo, en ninguno de estos tres casos, me parece, existe un conflicto entre (una violación o una privación de) derechos fundamentales, al ser el trabajador, el defensor de los animales y el heredero absolutamente libres de aceptar las condiciones contractuales, societarias o testamentarias que se les proponen. Tanto es así que el mismo Moreso, en los casos en los que se produce en cambio una efectiva violación o privación de (o si se quiere un «conflicto» efectivo con) derechos fundamentales, declara que el derecho de autonomía encuentra el límite de los derechos fundamentales: son los casos por él ejemplificados de la violación del derecho a la imagen y a la dignidad de la persona por obra del empleador que impusiera a sus dependientes atender en *top-less*; o de las violaciones del principio de igualdad contra discriminaciones arbitrarias en las relaciones privadas; o de las lesiones de la libertad de matrimonio por parte del empleador que condicionara la estabilidad de la relación de trabajo al no matrimonio del trabajador. Imposiciones, discriminaciones y constricciones de este tipo serían «obviamente», como escribe Moreso (*ibid.*, p. 164), inválidas y en ocasiones incluso ilícitas: *obviamente*, justo por ser de grado subordinado a los derechos de autonomía por cuyo ejercicio son producidos y a los derechos fundamentales del mismo rango o nivel (T12.129-T12.130, T12.133-T12.134).

83. L. Prieto Sanchís, «Constitucionalismo y garantismo», cit., pp. 50-51. Sobre el juicio de ponderación, cf. también L. Prieto Sanchís, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitititucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, [4]2009, pp. 123-158.; Íd., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, [2]2009, pp. 175 ss.; C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003; G. P. Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, CEPC, Madrid, 2006.

84. Sobre este nexo entre semántica del lenguaje legal y grado de discrecionalidad judicial, además de entre taxatividad de las leyes aplicadas y grado de legitimación de la jurisdicción, remito a *Derecho y razón*, cit., cap. 1, § 5 y cap. III, § 9. Sobre esta base he caracterizado el poder judicial como «poder de disposición» carente de legitimación cuando, en total defecto de estricta legalidad, se convierte en arbitrariedad (*ibid.*, cap. III, § 12). Ha de recordarse además todo lo ya dicho en el § 13.8: que la discrecionalidad de los jueces en la interpretación de las leyes ordinarias se reduce en vez de aumentar con la necesidad de su coherencia con las normas constitucionales.

85. Cf. *Derecho y razón*, cit., cap. I, § 5.4 y cap. III.

86. Remito, sobre el punto, a *Derecho y razón*, cit., § 60.4, pp. 915-916.

87. Si es cierto, como ha afirmado José Juan Moreso, que para el juez constitucional existe una pluralidad de «mundos constitucionalmente posibles» (*La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid, 1997, p. 167), es igualmente cierto que también para el juez ordinario existe una pluralidad de mundos legislativamente posibles.

88. Sobre la distinta naturaleza de las funciones y las actividades de gobierno y de las jurisdiccionales y/o de garantía —consistentes unas en el respeto y las otras en la aplicación de normas sobre la producción; unas en la innovación y las otras en el cumplimiento del ordenamiento existente; unas desarrolladas en los espacios legítimos de la política y las otras, como las del control de constitu-

cionalidad, sometidas a la censura de sus espacios ilegítimos— y por ello sobre la inconsistencia del peligro de un «gobierno de los jueces», remito a los §§ 9.16, 12.6-12.8, 14.10, 14.12 y a las notas 139 de este capítulo y 82 del capítulo XIV.

89. Pablo de Lora me pregunta por qué las «controversias razonables» en torno al significado y el alcance normativo de las normas constitucionales que intervienen en las cuestiones de inconstitucionalidad es (en mi opinión) justo que se decidan por una «mayoría de jueces», es decir, por obra de tribunales constitucionales, en vez de por una mayoría de ciudadanos, es decir, por obra de la «mayoría de los legisladores» que los representan («Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo», en M. Carbonell y P. Salazar, *Garantismo*..., cit., p. 254). La misma pregunta —sobre quién «tiene la última palabra para fijar el alcance de los derechos en situaciones difíciles» y por qué razón debemos aceptar como «verdad que la determinación del sentido de los derechos no tiene nada que ver con la capacidad de autodeterminación política de un pueblo»— es formulada por Andrea Greppi («Democracia como valor, como ideal y como método», *ibid.*, p. 352). La respuesta es simple: por la misma razón —el valor garantista de la separación de poderes— por la que las controversias sobre el significado y el alcance de las normas, en dos palabras, la interpretación de las leyes está (y siempre ha estado) confiada, en el paradigma del estado de derecho, a jueces independientes en vez de al mismo legislador: a la jurisdicción en vez de a la legislación. Afirmar, en cambio, como escribe Greppi, que si admitimos que «hay margen de discrecionalidad interpretativa» debemos admitir también «la necesidad de establecer controles democráticos sobre la interpretación de los derechos y sus garantías», esto es, «procedimientos que representen la voluntad política de las mayorías» (*ibid.*, p. 354), o que «los procesos deliberativos que acompañan al ejercicio de los derechos políticos no son de naturaleza sustancialmente distinta a los procesos interpretativos que llevan a la determinación del significado de los derechos» (*ibid.*, p. 356), equivale a negar el espacio propio de la jurisdicción, en contraste con toda la tradición teórica y práctica del estado de derecho. Pensar, como de Lora y Greppi, que las «controversias razonables» sobre el significado de las normas aplicables puedan o deban ser resueltas por una mayoría de legisladores en vez de por jueces (*ibid.*, p. 254) y que «la última palabra» sobre ellas «corresponde a la comunidad política» (*ibid.*, p. 356), equivale a refutar el principio de la separación de poderes y a desconocer la diferencia entre legis-lación y juris-dicción, entre poder legislativo y poder judicial: uno legitimado por la representación y otro por la sujeción a la ley. Recordemos la célebre frase de Montesquieu: «Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo» (*Del espíritu de las leyes*, cit., lib. XI, cap. 6, p. 151). La separación y la independencia de la función jurisdiccional respecto de las funciones legislativas y de gobierno garantizan en efecto su carácter tendencialmente (y en todo caso imparcialmente) cognitivo, conforme al cual una sentencia es válida y justa no porque sea querida o compartida por una mayoría política, sino porque se basa en la correcta comprobación de sus presupuestos de hecho y de derecho, en cuya predeterminación, en vía general y abstracta, consiste el principio de legalidad y se agota el papel de la legislación. Véase también, *infra*, la nota 82 del capítulo XIV.

90. Para una crítica del abolicionismo penal, remito a mis «Il diritto penale minimo»: *Dei delitti e delle pene* 3 (1985), 493-524 y *Derecho y razón*, cit., cap. V, § 18, pp. 247-252 y cap. VI, §§ 23-25, pp. 321-349.

* Véase, *infra*, la nota 104 de este mismo capítulo. [*N. del T.*]

91. Véanse, sobre estos procesos, los trabajos citados en la nota 78 del capítulo XVI.

92. «No debemos sorprendernos», escribió Montesquieu, «al ver que casi todos los pueblos del universo están bien lejos de la libertad a la que aspiran. El gobierno despótico, por así decirlo, salta a la vista y se instaura casi por sí solo. Puesto que para este tipo de gobierno hacen falta sólo pasiones, todos son buenos para él. Pero para formar un gobierno moderado hace falta combinar los poderes, equilibrarlos, hacerlos actuar y regularlos; lastrar, por así decirlo, un poder para que esté en condiciones de resistir otro poder. Es una obra maestra de legislación que el azar raramente combina bien» (*Pensées et fragments inédits de Montesquieu*, ed. de H. Barckhausen [n.º 1.794 en la numeración editada; n.º 892 en la numeración del manuscrito], en *Antologia degli scritti politici del Montesquieu*, ed. de N. Matteucci, Il Mulino, Bologna, 1962, p. 62).

93. G. Filangieri, «La scienza della legislazione» [1783], en *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Tipografia della Società Belgica, Bruxelles, 1841, vol. I, Introducción, p. 57 (trad. cast., *Ciencia de la Legislación*, nuevamente traducida por D. Juan de Rivera, Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1821, I, Introducción, p. 2): «En el día de hoy es la legislación este objeto común de los que piensan». Recuérdese, en la misma perspectiva, G. Romagnosi, *La scienza delle costituzioni*, obra póstuma, Bastia, 1848, pero escrita en 1815, ed. crítica de G. Astuti con el título *Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa (La scienza delle costituzioni)*, en G. Romagnosi, *Opere scelte*, Reale Accademia d'Italia, Roma, 1937.

94. Este nexo entre garantismo y constitucionalismo está bien subrayado por L. Prieto Sanchís, «Constitucionalismo y garantismo», cit., pp. 41-43.

95. La distinción entre constituciones rígidas y constituciones flexibles fue introducida por James Bryce, *The American Commonwealth* [1888], trad. it. *La Repubblica americana*, en A. Brunialti (dir.), «Biblioteca di scienze politiche e amministrative», III serie, vol. I, Utet, Torino, 1913, y, más ampliamente, en Íd., *Flexible and Rigid Constitutions* [1901], trad. cast., *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, CEC, Madrid, 1988. Véase, sobre la relevancia teórica y sobre la contribución práctica de Bryce a la teoría de la rigidez de las constituciones, la presentación de Alessandro Pace a la trad. it. de la última obra, *Costituzioni flessibili e costituzioni rigide*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. V-XXXIX. Elementos de rigidez en la tradición constitucional inglesa se pueden obtener claramente en los pasajes de William Blackstone, Oliver Cromwell y Henry Saint-John Bolingbroke aquí reproducidos en las notas 99, 96 y 56 de este capítulo. La ajenidad al constitucionalismo inglés a toda forma de rigidez constitucional y el valor de la plena soberanía parlamentaria fueron en cambio reivindicados con fuerza, con frecuentes llamadas a la autoridad de John Austin, por A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [1885], [8]1915, trad. it., *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, Il Mulino, Bologna, 2003: «En el ámbito de la constitución inglesa, el Parlamento configura esa suprema autoridad legislativa o ese poder soberano que, como sostienen Austin y otros juristas, debe subsistir en todo estado civilizado» (*ibid.*, parte I, cap. I, § 2, p. 52); «En Inglaterra estamos habituados a la existencia de un supremo cuerpo legislativo, es decir, de un órgano que puede hacer y deshacer cualquier ley y que por tanto no puede ser a su vez sometido al vínculo de ningún instrumento normativo» (*ibid.*, § 3, p. 61); «el término 'soberanía', mientras sea empleado según la acepción que a veces se le atribuye a Austin, es un concepto meramente jurídico y su significado es simplemente el de poder legislativo carente de limitaciones derivadas de la ley» (*ibid.*, pp. 61-62). Los caracteres del Parlamento soberano inglés vienen por lo demás así enumerados por Dicey: «*En primer lugar*, no existe ley alguna que no

pueda ser modificada por el parlamento [...] *En segundo lugar*, en el ámbito de la constitución inglesa no subsiste ninguna distinción definida o evidente entre leyes que son o no son fundamentales o constitucionales [...] *En tercer lugar*, en ningún rincón del imperio británico existe persona u órgano colegiado alguno, aunque sea titular del poder ejecutivo, legislativo o jurisdiccional, que pueda declarar nulo (*void*) por ser contrario a la constitución o por cualquier otro motivo a cualquier acto de ley que haya sido aprobado por el parlamento británico» (*ibid.*, cap. II, § 1, pp. 74-76). «Estos elementos», concluye Dicey, «son otras tantas ejemplificaciones de aquel carácter que mi amigo Bryce ha definido felizmente como la 'flexibilidad' de la constitución británica. Cualquiera de sus partes puede ser ampliada, reducida, modificada o abrogada con igual facilidad. Es el ordenamiento más flexible de los existentes y por tanto es completamente distinta en su naturaleza de las constituciones 'rígidas' (por usar otra expresión de Bryce), las cuales en todo o en parte sólo pueden ser modificadas a través de algún procedimiento legislativo extraordinario» (*ibid.*, p. 76). Véase, sobre el pensamiento de Dicey, E. Santoro, *Rule of law e 'libertà degli inglesi'. L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, en P. Costa y D. Zolo (eds.), *Lo stato di diritto...*, cit., pp. 173-223. En realidad, como han observado Eric Barent y Alessandro Pace, la distinción entre «constituciones rígidas» y «constituciones flexibles» ha perdido hoy gran parte de su relevancia: no sólo porque las constituciones flexibles son en realidad leyes ordinarias y puede ser por ello distorsionador llamarlas «constituciones», sino también porque el grupo de las constituciones denominadas «flexibles» es «demasiado exiguo: al día de hoy puede comprender sólo al Reino Unido y a Nueva Zelanda» (A. Pace, «Presentazione» a J. Bryce, *Costituzioni flessibili...*, cit., p. XXXV). Los verdaderos problemas, que serán afrontados aquí en el § 13.18, son sólo los del «grado de rigidez» que se justifica para las distintas normas, formales y sustanciales, de una carta constitucional, además de las distintas formas de las que en el § 12.14 he llamado «garantías constitucionales primarias» (D12.29) y «garantías constitucionales secundarias» (D12.30).

96. B. Constant, «Réflexions sur les constitutions» [1814], en Íd., *Cours de politique constitutionnelle*, Slatkine, Genève-Paris, 1982, pp. 265 ss.; hay trad. cast., *Curso de política constitucional*, Granada, Comares, 2006, pp. 243 ss., según el cual no son modificables por vía legislativa las normas sobre la forma de gobierno y los derechos constitucionalmente establecidos. La tesis de que en todo sistema político debe haber siempre algo de «fundamental, de estable y de inalterable» había sido sostenida por Oliver Cromwell a propósito del *Instrument of Government* hecho aprobar por él en 1653: «In every Government there must be somewhat fundamental, somewhat like a Magna Charta, which should be standing, be unalterable» [En todo Gobierno debe haber algo fundamental, algo parecido a una Carta Magna, que debería ser permanente, inalterable] (cit. por A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, [2]2002, pp. 31 y 112). Recuérdese también la reivindicación de un núcleo inmodificable de «derechos superconstitucionales» avanzada por P. Calamandrei, «L'avvenire dei diritti di libertà», cit., p. 402: «Se podría pensar que de todas las normas constitucionales [...] los derechos de libertad, como los que representan la base intangible de toda democracia, han de considerarse como derechos *superconstitucionales* y que como tales deben ser *respetados por el mismo poder constituyente* y *salvaguardados incluso contra los atentados provinientes de él*». Es ésta una «autolimitación preventiva de la omnipotencia de la mayoría, esto es, una regla típicamente constitucional porque se refiere al ejercicio de una función de la soberanía. Esto quiere decir, en suma, que si el Estado, violando la promesa inscrita en la constitución, hace una ley para suprimir o rebajar los

derechos de libertad, ésta es una ley *anticonstitucional*, que rompe la legalidad constituida y vuelve a poner en discusión la existencia misma de la constitución. Eso no excluye (la experiencia de la monarquía italiana lo demuestra) que el gobierno que tiene el poder en sus manos pueda de hecho, violando la constitución, suprimir con leyes arbitrarias los derechos de libertad garantizados por la constitución; pero cuando esto ocurre, se trata necesariamente de un 'golpe de estado', tras el cual el estado constitucional que existía antes *ya no existe* y entra en su lugar *otra cosa*, es decir, un gobierno *de hecho*» (*ibid.*, p. 377).

97. La tesis se remonta a Sieyès: «Ante todo, una nación no puede ni alienarse, ni prohibirse el derecho de querer algo; y cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho a cambiarla si su interés lo exige. En segundo lugar, ¿con quién se habría comprometido esa nación? [...] ¿Qué es un contrato consigo mismo? Siendo las dos partes una misma voluntad, siempre puede anularse tal contrato» (*Qu'est-ce que le tiers état* [1788], trad. cast. de M. Lorente y L. Vázquez, *¿Qué es el tercer estado? Ensayo sobre los privilegios*, Alianza, Madrid, 1989, cap. V, p. 148). La misma tesis fue expresada por Th. Paine, *Rights of Man* [1791-1792], trad. cast. de A. Jiménez, *Los derechos del hombre*, Doncel, Madrid, 1977, p. 18: «Cada generación es, y debe ser, competente a todos los efectos que dispongan sus circunstancias». El principio fue enunciado en el art. 1 del título VII de la Constitución francesa de 1791: «L'Assemblée nationale constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution» (que sin embargo lleva, en el título I, el principio de la rigidez absoluta reproducido en la nota siguiente, además del de la rigidez relativa expresado por los siguientes arts. 2-8, que prevén un procedimiento especial de revisión). Luego fue confirmado por el art. 28 de la Declaración de derechos que precede a la Constitución francesa de 24.6.1793: «Un peuple a toujours le droit de révoir, de réformer et de changer sa constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures» [Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, a reformar y a cambiar su constitución. Una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras].

98. Una primera, antigua formulación de la rigidez absoluta puede encontrarse en el título I de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, titulado «Dispositions fondamentales garanties par la Consititution»: «Le Pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution» [El poder legislativo no podrá hacer ley alguna que atente y ponga obstáculos contra el ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente título y garantizados por la Constitución]. La previsión de límites absolutos taxativos a la revisión constitucional figura por lo demás, además de en el art. 139 de la Constitución italiana sobre la no modificabilidad de la forma republicana, en la Ley fundamental alemana de 1949, cuyo artículo 79, párr. 3.º establece: «No será admisible ninguna modificación de la presente Ley fundamental que afecte a la articulación de la Federación (*Bund*) en *Länder*, o al principio de participación de los *Länder* en la legislación o a los principios enunciados en los artículos 1 a 20». Todavía más amplia es la rigidez absoluta prevista por la Constitución portuguesa, cuyo art. 288 enumera hasta catorce materias excluidas del poder de revisión: «Las leyes de revisión constitucional deben respetar: *a*) la independencia nacional y la unidad del Estado; *b*) la forma republicana de gobierno; *c*) la separación entre Estado e Iglesia; *d*) los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos; *e*) los derechos de los trabajadores, de las asociaciones de trabajadores y de las organizaciones sindicales; *f*) la coexistencia del sector público, del sector privado y del cooperativo y social en la

propiedad de los medios de producción; *g*) la existencia de planes económicos en el marco de una economía mixta; *h*) el sufragio universal, directo, secreto y periódico para la designación de los miembros de los órganos electivos de la soberanía, de las regiones autónomas y del poder local, así como el sistema representativo proporcional; *i*) el pluralismo de la expresión y de la organización política, incluido el de los partidos políticos y el derecho de oposición democrática; *j*) la separación y la interdependencia de los órganos de la soberanía; *l*) el control de constitucionalidad por comisión o por omisión; *m*) la independencia de los tribunales; *n*) las autonomías locales; *o*) la autonomía política y administrativa de los archipiélagos de las Azores y de Madeira». Recuérdese además el art. 60 de la Constitución brasileña de 1988, que establece la intangibilidad *a*) de la forma federal del Estado; *b*) del carácter secreto, universal y periódico del ejercicio del derecho de voto; *c*) de la separación entre los poderes; *d*) de los derechos y garantías individuales.

99. Recuérdense las disciplinas previstas en las constituciones de los Estados Unidos, Francia, Alemania, Bélgica y Dinamarca anteriores a la segunda guerra mundial y referidas *supra* en la nota 38. No menos laboriosos son los procedimientos de revisión previstos por las constituciones de posguerra. El art. 79 de la Ley Fundamental de la República alemana de 1949 establece que las modificaciones de la propia Ley, inadmisibles en lo referente a sus primeros veinte artículos o a la articulación de la Federación en *Länder*, deben ser aprobadas por los dos tercios de los miembros del *Bundestag* y por los dos tercios de los del *Bundesrat*. Análogamente, en Japón, el art. 96 de la Constitución de 1946 exige, para la aprobación de cualquier enmienda, «el voto concorde de los dos tercios de los miembros de cada Cámara», seguido por su ratificación en un referéndum popular al efecto. En Grecia, conforme al art. 110 de la Constitución de 1975, la revisión de disposiciones «específicamente determinadas» ha de proponerse al menos por 50 diputados, aprobarse al menos por tres quintos de los miembros del parlamento en dos sucesivos recuentos separados por un intervalo de al menos un mes y deliberarse por el parlamento siguiente por mayoría absoluta de sus componentes. En España, el art. 167 de la Constitución de 1978 exige, para cualquier modificación, la aprobación por la mayoría de los tres quintos de cada una de las dos Cámaras, o bien de la mayoría absoluta del Senado y de la mayoría de dos tercios del Congreso, seguida, si lo exige una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras, por un referéndum popular. En casi ningún país se permite la revisión total de la constitución, sino sólo su revisión parcial y siempre de normas específicamente determinadas. Donde se prevé la revisión total, como en España y en Suiza, está sometida a procedimientos tan complejos que excluyen cualquier aprobación a golpes de mayoría. Conforme al art. 168 de la Constitución española, se procede primero a la votación del nuevo texto por mayoría de dos tercios de cada cámara, luego a la disolución inmediata de las Cortes, después a la ratificación de la nueva constitución por mayoría de dos tercios de los miembros de las nuevas cámaras y en fin al referéndum sobre la revisión aprobada. En Suiza, conforme al art. 120 de la Constitución de 1874, para la revisión total se exige ante todo que la propuesta parta de una de las dos cámaras o de 100.000 electores; posteriormente se procede al referéndum sobre la pregunta de «si la reforma total debe o no tener lugar»; después se disuelve el Parlamento; al fin, se da lugar a su reelección para proceder a la elaboración de la nueva constitución; en fin, conforme al art. 123, la constitución reformada viene sometida a referéndum.

De «rigidez» no se puede hablar obviamente en Inglaterra, donde no existe ni siquiera una constitución formal. Sin embargo, la idea de la rigidez está presente

también en la tradición constitucional inglesa. Además de las tesis de Oliver Cromwell y de Henry Saint-John Bolingbroke referidas en las notas 96 y 56, recuérdese el «real poder de veto» del que habló William Blackstone, análogo a «cuanto Cicerón observa sobre el veto de los tribunos romanos»: no ya «el poder de *hacer* daño, sino solamente de *impedir* que se haga daño», desaprobando «las modificaciones propuestas y aprobadas por las dos Cámaras. El poder legislativo no puede por ello privar al poder ejecutivo de ningún derecho que ahora tiene por ley sin su consentimiento; ya que la ley debe seguir para siempre como es ahora, a menos que todos los poderes se pongan de acuerdo para modificarla. Y precisamente en esto consiste la verdadera superioridad de la regulación inglesa, es decir, que cada parte ejerce un control recíproco sobre las demás» (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* [1765-1769], trad. it. en *Antologia dei costituzionalisti inglesi*, cit., p. 169).

100. En la sentencia n.º 1146 de 1988 la Corte Constitucional italiana afirmó: «La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales. Tales son tanto los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma republicana (art. 139 Const.), cuanto los principios que, aun no estando expresamente mencionados entre los no sometibles al procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos en los cuales se funda la Constitución italiana. Esta Corte, por lo demás, ya ha reconocido en numerosas decisiones cómo los principios supremos del ordenamiento constitucional tienen un valor superior respecto de las demás normas o leyes de rango constitucional, sea cuando ha considerado que también las disposiciones del Concordato, que gozan de la especial 'cobertura constitucional' suministrada por el art. 7, párrafo 2 de la Constitución, no se sustraen a la comprobación de su conformidad con los 'principios supremos del ordenamiento constitucional' (*vid.* sent. n.os 30 de 1971, 12 de 1972, 175 de 1973, 1 de 1977, 18 de 1982), sea cuando ha afirmado que la ley de desarrollo del tratado CEE puede ser sometida al enjuiciamiento de esta Corte 'con referencia a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y a los derechos inalienables de la persona humana' (*vid.* sent. n.os 183 de 1973, 170 de 1984). No se puede, por tanto, negar que esta Corte sea competente para juzgar sobre la conformidad de las leyes de revisión constitucional y de las demás leyes constitucionales también en relación con los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si así no fuera, por lo demás, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de las garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo precisamente en relación con sus normas de más alto valor». Se trata, me parece, de un reconocimiento jurisprudencial explícito de lo que es un *principium iuris tantum*, no expresamente establecido en las normas y sin embargo implícito en la lógica del sistema constitucional. Una primera aplicación del principio se tuvo con la sentencia n.º 366 de 1991 de la Corte Constitucional, en la que se afirma que «la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otro medio de comunicación constituyen un derecho del individuo incluido entre los valores supremos constitucionales, hasta el punto de estar expresamente calificado por el art. 15 de la Constitución como derecho inviolable», de modo que «su contenido esencial no puede ser objeto de revisión constitucional, en cuanto que incorpora un valor de la personalidad que tiene un carácter fundante respecto del sistema democrático querido por el Constituyente». Véanse, sobre el poder de revisión según la Constitución italiana, los trabajos citados *supra* en la nota 11 del capítulo XII.

101. Se podría imaginar una meta-norma del tipo: «Los principios supremos aquí formulados —paz, derechos fundamentales, separación de poderes y representación política— no pueden ser modificados más que mediante leyes de revisión que amplíen su campo de aplicación, refuercen sus garantías o introduzcan nuevos derechos o nuevas garantías». Una propuesta de revisión en tal sentido del art. 138 de la Constitución italiana fue promovida por el grupo de asociaciones denominado «Parte civil» y presentada por 49 parlamentarios como enmienda (C.139.17) al borrador de reforma constitucional elaborado por la Comisión bicameral: «Los principios fundamentales de la Constitución, los derechos humanos sancionados por las fuentes internacionales y las libertades y los derechos de los ciudadanos fijados en la primera parte de la Carta no pueden ser reducidos ni desconocidos, así como no pueden ser debilitadas sus garantías de tutela dispuestas por la segunda parte. Sobre la conformidad de eventuales propuestas de revisión a cuanto dispone el primer párrafo debe juzgar la Corte Constitucional en los noventa días siguientes a la presentación de la propuesta». La propuesta exigía además, para cualquier ley constitucional o de revisión de la Constitución, la aprobación en cada Cámara por la «mayoría de tres cuartos en segunda votación» y, luego, en referéndum popular confirmativo, «por la mayoría de los que tienen derecho al voto». Cf. el texto íntegro de la propuesta en el fascículo *Costituenti* de *Democrazia e diritto* 4-94/1-95, ed. de G. Cotturri, pp. 411-413.

102. De hecho, es la propia gravosidad de los procedimientos de revisión ilustrados en las notas 38 y 99 la que pone a los supremos principios constitucionales a resguardo de violaciones subversivas de las mayorías contingentes. Prueba de ello es que nunca se ha producido, en estos países, una transformación de tipo autoritario por vía de revisión constitucional. Las modificaciones o las integraciones constitucionales —comenzando por las enmiendas aprobadas en el curso de dos siglos a la Constitución americana— siempre han tenido carácter expansivo y no restrictivo de los derechos fundamentales y de sus garantías, comportando en cada ocasión, como confirmación del carácter pacticio de las constituciones, la participación de mayorías amplísimas y desinteresadas y tiempos largos de reflexión y debate.

103. No es en efecto sostenible la tesis de la reformabilidad por razones puramente lógicas de las normas sobre la revisión constitucional, sostenida por A. Ross, *On Law and Justice* [1958], trad. cast. de G. R. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963; Íd., *On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law* [1969], trad. cast., «Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional», en Íd., *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, [4]2001, pp. 43-71. Para una crítica de esta tesis, véanse E. Bulygin, *Time and Validity* [1982], trad. cast., «Tiempo y validez», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, CEC, Madrid, 1991, cap. 9; G. Rizza, «Autoreferenzialità, decostruzione, cambiamento nella revisione costituzionale: spunti critici e riflessioni»: *Diritto e società* 1 (2002); A. Pace, *Potere costituente*, cit., pp. 146-151, que por lo demás sostiene justamente, conforme a la rigidez de las constituciones escritas, el principio —claramente *iuris tantum*— de que la revisión de las normas sobre la revisión sólo puede *agravar* y no ya debilitar el procedimiento especial por ellas previsto.

104. En el ordenamiento italiano tales «revisiones», como la aprobada por la mayoría de gobierno con la ley constitucional publicada en la *Gazzeta Ufficiale* de 18 de noviembre de 2005 y rechazada por el referéndum de 25 de junio de 2006, son ilegítimas por al menos dos razones. La primera razón es de carácter formal. Aquella reforma no era una simple «revisión» de la constitución, es

decir, una enmienda específica y particular, sino una constitución completamente distinta de la vigente, que cambia al mismo tiempo la forma de Estado, de nacional a federal, y la forma de gobierno, de parlamentaria a para-presidencial o, peor, a monocrática. Y una nueva constitución no es posible conforme a la constitución vigente, cuyo art. 138 admite solamente un poder de revisión, el cual es un poder constituido que no puede transformarse en poder constituyente sin dañar, además, el principio de la soberanía popular establecido por el art. 1. La segunda razón de ilegitimidad de la intentada reforma de 2005 era de carácter sustancial. Además de desbaratar la actual ordenación constitucional, viola en realidad uno de los «principios supremos» de la actual Constitución, declarados no modificables por la sentencia de la Corte Constitucional n.º 1146 de 1988 recordada en la nota 100: precisamente, al blindar a las mayorías y minorías a través de normas que impedirían la moción de desconfianza con el concurso de las fuerzas de minoría y, más en general, cualquier crisis de gobierno parlamentario, la ley somete a los parlamentarios a una especie de mandato imperativo desde arriba, vaciando el principio fundamental de la democracia representativa establecido por el art. 67, según el cual «todo miembro del Parlamento representa a la Nación y ejerce sus funciones sin mandato imperativo». Remito, sobre la cuestión, a mi «Processo decostituente», en D. Gallo y F. Ippolito (eds.), *Salviamo la costituzione*, Chimienti, Taranto, 2005, pp. 93-110.

105. H. Kelsen, «La garantía jurisdiccional de la Constitución...», cit., § 22, p. 150: «Aunque en general no se tenga conciencia de ello», prosigue Kelsen, «una Constitución en la cual los actos inconstitucionales y, en particular, las leyes inconstitucionales sigan conservando su validez —al no ser posible anularlos por su inconstitucionalidad— equivale, desde el punto de vista propiamente jurídico, a poco más que unos buenos deseos desprovistos de fuerza obligatoria. Cualquier ley, cualquier reglamento e incluso cualquier acto jurídico general realizado por particulares tienen una fuerza jurídica superior a la de la Constitución, a la que todos ellos están, sin embargo, subordinados y de la cual derivan su validez». Sobre el modelo kelseniano de control jurisdiccional de constitucionalidad, cf. L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., pp. 80-92. Sobre la justicia constitucional en Italia me limito a señalar, de la vastísima literatura, la amplia voz de G. Zagrebelsky, «Processo costituzionale», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 521-712; Íd., *La giustizia costituzionale*, Bologna, ²1988; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994; A. Pizzorusso, «Garanzie costituzionali (Artt. 134-139)», en A. Scialoja y G. Branca (eds.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1983, pp. 4 ss.

106. Recuérdese el severo veredicto sobre el Tribunal Supremo, ligado al enfrentamiento desarrollado con él en los cuatro años anteriores, formulado en 1937 por el presidente Franklin Delano Roosevelt: «De la concepción inicial de este poder, por el que una ley podía ser declarada inconstitucional sólo si 'su violación de la Constitución se demuestra más allá de toda duda razonable', en 1930 se pasó a entender lo mismo de modo tan amplio como para inducir al juez Holmes a exclamar: 'No hay, me parece, otro límite que el cielo a la invalidación de aquellos derechos [los derechos constitucionales de los Estados], si, por algún motivo, la mayoría del Tribunal juzga indeseable su ejercicio'. No puedo creer que la enmienda [catorce] nos dé *carta blanca* para hacer pasar bajo el manto de sus prohibiciones nuestras opiniones económicas o morales» (F. D. Roosevelt, *The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt* [1941], trad. it. en F. Mancini [ed.], *Il pensiero politico nell'età di Roosevelt*, Il Mulino, Bologna, 1962, pp. 73-74).

107. El sabotaje opuesto por el Tribunal Supremo estadounidense al *New Deal* y a las reformas sociales propuestas por su Administración fue recordado así por Roosevelt: «En realidad, una mano se había puesto sobre este programa de gobierno para pararlo del todo: era la mano del Tribunal Supremo de los Estados Unidos [...] Por desgracia, el Tribunal se inclinaba a interpretar de modo injustificadamente restrictivo los poderes legislativo y ejecutivo a nivel federal, estatal y local, a no tolerar los intentos de defender con leyes a los trabajadores —hombres, mujeres, muchachos— y demás categorías de ciudadanos del dominio de las fuerzas económicas privadas [...] En la lucha entre el poder político del pueblo, expresado por sus representantes, y el poder económico de la propiedad privada, el Tribunal Supremo, antes del comienzo de la primavera del 37, se había decantado por este último [...] En los primeros setenta años de nuestra historia constitucional, el Tribunal invalidó solamente dos leyes del Congreso [...] En los tres años siguientes a octubre de 1933 —Roosevelt se había convertido en presidente el 4 de marzo de 1933— rechazó doce leyes, de las cuales cinco en un único año judicial, el que tuvo inicio en octubre de 1935 [...] El viejo orden económico había sido sustituido en el 33, tanto en el Congreso como en la Casa Blanca; pero a causa de la estabilidad de los jueces *vita natural durante*, el viejo orden parecía acerbamente decidido a resistir en los sillones de nuestro más alto tribunal» (*op. ult. cit.*, pp. 72-75). Roosevelt recuerda todas las sentencias con las que el Tribunal saboteó la nueva orientación económica: desde las relativas a los controles públicos en la economía hasta las de derechos sociales, como las declaraciones de inconstitucionalidad del *Railroad Retirement Act* sobre las «pensiones de los dependientes de las compañías ferroviarias», de la «ley Frazier-Lemke dirigida a asistir a los agricultores gravados por hipotecas» e incluso «de una ley del Estado de Nueva York, que había establecido un sistema de salarios mínimos para los trabajadores de la industria» (*ibid.*, pp. 75-84). «Los miembros reaccionarios del Tribunal», concluye Roosevelt, tenían el «único objetivo de bloquear todo programa de reformas. Lo mismo había ocurrido en anteriores periodos de nuestra historia, como durante la administración del presidente Wilson, y se repetía ahora. Aquellos hombres parecían tener una misión bien definida en su vida, detener nuestro progreso económico y social, y no había modo de apartarlos de tal misión, a la que se habían consagrado [...] Durante mi periodo en el cargo no se había producido ni una sola vacante. Casi todos los miembros del Tribunal habían sido nombrados por presidentes conservadores y ahora juzgaban, conforme a sus convicciones políticas y económicas, un programa liberal de reconstrucción y reformas» (*ibid.*, p. 84). Finalmente, en el curso del segundo mandato de Roosevelt, tras un mensaje de 5 de febrero de 1937, en el que anunciaba una integración del Tribunal con nuevos jueces que se sumarían a todo juez mayor de setenta años, «el Tribunal se detuvo. El Tribunal cambió de jurisprudencia. El Tribunal comenzó a interpretar en vez de distorsionar la Constitución. Se trataba del mismo Tribunal, compuesto por los mismos jueces. Ningún nombramiento nuevo se había hecho. Y si embargo, a partir del mensaje del 5 de febrero, ¡qué cambio!» (*ibid.*, p. 89).

108. H. Kelsen, «La garantía jurisdiccional de la Constitución...», cit., § 11, pp. 133-135.

109. «Una institución completamente nueva pero que merecería la más seria consideración sería la de un defensor de la Constitución ante el Tribunal constitucional que, a semejanza del Ministerio público en el proceso penal, debería instar de oficio el procedimiento de control de constitucionalidad para aquellos actos que estimara irregulares. Va de suyo que el titular de semejante función habría de estar revestido de todas las garantías imaginables de independencia tanto frente

al gobierno como frente al parlamento. Especialmente en lo referente al recurso contra las leyes, sería extremadamente importante conceder asimismo el derecho a presentarlo a una minoría cualificada del parlamento» (*ibid.*, § 19, p. 196).

110. El *juicio de amparo* —de *ante-parare*, que quiere decir 'proteger'— fue instituido en la Constitución mexicana de 1857, reformada el 5.2.1917, como procedimiento activable por cualquier individuo contra cualquier actuación pública, legislativa, jurisdiccional o administrativa, lesiva de un derecho suyo establecido por la Constitución (arts. 103 y 107). Presupuesto del amparo es el interés para litigar, limitado únicamente a los sujetos directamente dañados por la actuación impugnada, sólo respecto de los cuales, y no ya *erga omnes*, es eficaz el fallo. La institución ha sido después recibida en casi todos los países latinoamericanos: en Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela y, además, en Brasil con el nombre de «*mandado de securança*», en Chile con el nombre de «recurso de protección» y en Colombia con el nombre de «acción de tutela». La Constitución argentina, en particular, lo atribuye, en su art. 43, a «toda persona», «contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares» manifiestamente lesivo de «derechos y garantías reconocidos por esta Constitución», «siempre que no exista otro medio judicial más idóneo». En España fue introducido en la Constitución de 1931 y después en la Constitución de 1978, cuyos arts. 53 n.º 2, 161.1.b y 162.1.b, lo atribuyen a todo ciudadano contra las lesiones de los derechos fundamentales «en los casos y formas que la ley establezca». Véanse, sobre el amparo, H. Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 1964; Íd., *Ensayos sobre el derecho de amparo*, Porrúa, México, 1999; R. Couto, *Tratado teórico práctico de la suspensión en el amparo*, Porrúa, México, 1973; I. Burgoa, *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 1984; A. Zaldívar Lelo de Lerrea, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, UNAM, México, 2002; E. Ferrer MacGregor, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, Porrúa, México, 2003; M. Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, UNAM, México, 2004, pp. 83-89. Ha de recordarse, en fin, que el recurso individual de constitucionalidad fue introducido también en Alemania por el párrafo 4.º añadido el 29.1.1969 al art. 93 de la Ley fundamental, que ha asignado al Tribunal Constitucional Federal la competencia para decidir «sobre los recursos de constitucionalidad que pueden ser presentados por cualquiera que considere que ha sido lesionado por la autoridad pública en uno de sus derechos fundamentales o en un derecho contenido en los arts. 20 párr. 4.º, 33, 38, 101, 103 y 104».

111. Recuérdese la tesis de neta renuncia formulada por H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte II, cap. II, G, e, 3, p. 310: «Hay una notable diferencia técnica entre los preceptos de la Constitución que prohíben ciertos contenidos y los que prescriben un determinado contenido en relación con leyes futuras. Por regla general, los primeros tienen efectos jurídicos, no así los segundos. Si el órgano legislativo expide una ley cuyos contenidos están prohibidos por la Constitución, se producen todas las consecuencias que de acuerdo con la Constitución van enlazadas a una ley inconstitucional. Sin embargo, si el órgano legislativo deja simplemente de expedir la ley prescrita por la Constitución, resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas».

112. Desarrolla un análisis amplio y profundo de este tipo de sentencias G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996. Cf. también, de G. Parodi, «Lacune e norme inespresse nella giurisprudenza costituzionale», en P. Comanducci y R. Guastini (comps.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 97-115, y las observaciones crí-

ticas de M. C. Redondo, «Incostituzionalità e lacune normative», *ibid.*, pp. 117-123. Sobre la cuestión, ampliamente discutida en nuestra doctrina constitucionalista, véanse C. Mortati, «Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro i comportamenti omissivi del legislatore», en Íd., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano, 1972, vol. III, pp. 923 ss.; N. Picardi, «Le sentenze 'integrative' della Corte costituzionale»: *Rivista di diritto processuale* (1975), 37 ss.; L. Elia, «Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81-luglio 85)», en *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Cedam, Padova, 1985, pp. 305 ss.; G. Silvestri, «Le sentenze normative della Corte costituzionale», *ibid.*, pp. 768 ss.; G. Zagrebelsky, «Processo costituzionale», cit., §§ 50-54, pp. 654-674; Íd., «Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali», en *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c. della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 99 ss.; A. Pizzorusso, «Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle leggi», en AA. VV., *Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 271 ss.; F. Modugno y P. Carnevale, «Sentenze additive, 'soluzione costituzionalmente obbligata' e declaratoria di inammissibilità», *ibid.*, pp. 327 ss.; A. Anzon, «L'additiva 'di principio' nei giudizi in via principale»: *Giurisprudenza costituzionale* (1993), 890 ss.; A. Anzon y F. Modugno, «Validità (diritto costituzionale)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XLVI, 1993, § 10, pp. 78-80. Véase también, sobre el recurso a las sentencias aditivas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, F. Rubio Llorente, «La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho»: *Revista Española de Derecho Constitucional* (1988), 30 ss.; M. Gascón Abellán, «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», *ibid.* (1994), 70 ss.; R. Greco, «Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte costituzionale»: *Questione giustizia* 2-3 (1994), 253-279; G. Bongiovanni, «Diritti sociali e giurisprudenza della Corte costituzionale: il rapporto Corte/potere legislativo nel mutamento costituzionale», en G. Gozzi (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione...*, cit., pp. 341-369.

113. «No se trata nunca, por tanto, de libre creación del derecho. Se ha dicho exactamente que tales sentencias, aun siendo *quodammodo* creativas de derecho, siguen 'rimas obligadas', obligadas propiamente por la necesidad de adecuar las disposiciones vigentes y sometidas al juicio de una interpretación de las disposiciones constitucionales matrices. En tal sentido específico son expresión de una interpretación adecuadora» (F. Modugno, «Validità...», cit., p. 78). La expresión 'rimas obligadas', recogida por varias partes, fue introducida por V. Crisafulli, «La Corte costituzionale ha vent'anni», en N. Occhiocupo (ed.), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, 1978, p. 84.

114. Según Leopoldo Elia la legitimidad del recurso a las sentencias aditivas se «basa en el presupuesto de que el *contrarius actus* de una exclusión inconstitucional es la inclusión» y el «de una limitación, la extensión» («Le sentenze additive...», cit., p. 324). Opuesta —a mi modo de ver menos convincente, pero de resultado idéntico— es la tesis avanzada por Franco Modugno de la existencia de una norma implícita en la norma objeto del juicio, por él identificada no ya con la que indebidamente limita o excluye y sobre cuya ilegitimidad la Corte está llamada a pronunciarse, sino con la que extiende o incluye y que la Corte habría de explicitar: «La introducción de la nueva norma se produce mediante la disposición, esto es, es susceptible de ser considerada implícita en ella. La disposición tolera 'también' aquella interpretación que es condición necesaria de validez de la disposición misma» («Validità...», cit., p. 79). La interpretación aquí pro-

puesta, según la cual la norma implícita sobre la que la Corte se pronuncia es en cambio la que limita o excluye, tiene entre otras cosas la ventaja de sustraerse a la alternativa objetada por G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 303, según la cual o la norma implícita, en el sentido de Modugno, existe y entonces es tarea del intérprete extraerla sin necesidad de pronunciamientos constitucionales, o bien no existe y entonces puede ser introducida sólo por el legislador. En suma, dada una norma incompleta, el pronunciamiento constitucional tiene la estructura de una declaración de ilegitimidad del tipo: «En la parte en la que tal norma implica, en vez de la previsión, la no previsión y hasta la exclusión de tal cosa, esa parte es ilegítima».

115. Es la tesis sostenida por G. Parodi en los trabajos citados en la nota 112.

116. Como ha observado A. Pizzorusso, «Tutela...», cit., p. 286, negar la posibilidad de recurrir a las sentencias aditivas, «como hace la jurisprudencia alemana, significaría cerrar injustamente a la Corte la posibilidad de tutelar toda una serie de derechos constitucionales de los ciudadanos». La extraña tesis de la anulabilidad de la norma controvertida ha sido avanzada por Riccardo Guastini: «La Corte bien podría limitarse a pronunciar, *sic et simpliciter*, la declaración de ilegitimidad constitucional de la norma en cuestión» (*Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, § 154, p. 260).

117. Art. 283 de la Constitución portuguesa de 2.4.1976: «(*Inconstitucionalidad por omisión*) 1. A petición del Presidente de la República, del *Provedor de Justiça* o de los presidentes de las asambleas legislativas que denuncien la violación de los derechos de las regiones autónomas, el Tribunal Constitucional valorará y comprobará la inobservancia de la constitucionalidad por omisión de las medidas legislativas necesarias para la aplicación de las normas constitucionales. 2. Cuando el Tribunal Constitucional compruebe la existencia de inconstitucionalidad por omisión, la pondrá en conocimiento de órgano legislativo competente». Más extenso, en cuanto a la esfera de las omisiones señalables, es el control de constitucionalidad por omisión introducido por el art. 103 de la Constitución brasileña de 1988, que igualmente concluye sin embargo con una simple recomendación del Supremo Tribunal Federal: «Declarada la inconstitucionalidad por omisión de medidas idóneas para hacer efectiva una norma constitucional, se dará noticia de ella al Poder competente para que adopte las disposiciones necesarias y, si se trata de un órgano administrativo, para que lo haga dentro de treinta días». Cf., sobre la institución, M. Rodríguez Machado, «Incostitucionalidade por omissâo»: *Revista da Procuradoria General do Estado de Sâo Paulo* (1988), 30-41. Más en general, sobre el juicio de inconstitucionalidad por omisión, cf. A. Rentería Díaz, «Giustizia costituzionale e sfera dell'indecidibile in Luigi Ferrajoli»: *Teoria politica* XVIII/1 (2002), 123-140; Íd., *Costituzione e democracia...*, cit., pp. 183-196; C. Ruiz Miguel, «L'incostituzionalità per omissione»: *Quaderni costituzionali* 4 (2003) y, sobre todo, los cuatro ensayos recogidos por M. Carbonell (ed.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, UNAM, México, 2003: J. J. Fernández Rodríguez, «Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión», *ibid.*, pp. 17-64; I. Villaverde, «La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional», *ibid.*, pp. 65-89; V. Bazán, «Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado», *ibid.*, pp. 91-286; J. Tajadura Tejada, «La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales», *ibid.*, pp. 287-312.

118. Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., lib. IV, cap. V, p. 73: «Este amor», añade Montesquieu, «afecta especialmente a las democracias. Sólo

en ellas se confía el Gobierno a cada ciudadano [...] Todo depende, pues, de instaurar ese amor en la República, y precisamente la educación debe atender a inspirarlo. Hay un medio seguro para que los niños puedan adquirirlo y es que sus propios padres lo posean».

119. *Ibid.*, lib. V, cap. III, p. 77. Y más adelante: «en la democracia la igualdad real [es] el alma del Estado» (*ibid.*, cap. V, p. 121). Véanse también los pasajes de Montesquieu citados *infra*, en el § 15.23.

120. B. Constant, *Mélanges de littérature et politique*, cap. XVII, trad. it., «La perfettibilità del genere umano», en *Antologia degli scritti di Benjamin Constant*, cit., p. 180: «La perfectibilidad del género humano no es otra cosa sino la tendencia hacia la igualdad. La desigualdad lleva consigo la injusticia. Si analizamos todas las injusticias generales o particulares, encontraremos que todas tienen como base a la desigualdad».

121. Recuérdese el *Ensayo sobre los privilegios* de Sieyès: «Todos los privilegios son, pues, por naturaleza, injustos, odiosos y contradictorios con el fin supremo de toda sociedad política» (E.-J. Sieyès, *Essai sur les privilèges* [1789], trad. cast., «Ensayo sobre los privilegios», en *¿Qué es el tercer estado?...*, cit., p. 51). Ellos provocan en los privilegiados un sentido de «distinción de» sus conciudadanos y «una vanidad hostil contra los hombres cuya igualdad [les] hiere [...] En el instante mismo en que el príncipe da a un ciudadano el carácter de privilegiado, abre el alma de ese ciudadano a un interés particular, cerrándola, mucho o poco, a las aspiraciones de interés común [...] Nace entonces de su alma el deseo de sobresalir, un ansia insaciable de dominación. Ese deseo, desgraciadamente demasiado afín al carácter humano, es una verdadera enfermedad antisocial [...]; y si por esencia es perjudicial, júzguese de sus estragos cuando la opinión y la ley le prestan su poderosa ayuda. Penetrad un instante en los nuevos sentimientos del privilegiado. Se le considera, junto con sus pares, como un miembro de un orden aparte, de una nación escogida dentro de la nación. Piensa que se debe primero a los de su casta [...] Sí, los privilegiados acaban realmente por considerarse como una especie humana aparte [...]: cuando se encuentra a su lado un hombre del pueblo, que no ha venido para pedirle protección, ¿no siente, casi siempre, un movimiento involuntario de repulsión, que surge al menor pretexto, mediante una palabra dura o un gesto de desprecio?» (*ibid.*, pp. 56-59). «Sin embargo, me replicarán que son corteses con la sociedad y con los no privilegiados como con los demás [...] El privilegiado francés no es cortés por deber para con los demás, sino por deber para consigo mismo. No respeta los derechos del otro, sino a sí mismo, su dignidad. Quiere, por sus modales, distinguirse de lo que llaman las malas compañías» (*ibid.*, p. 62).

122. Cf. *Derecho y razón*, cit., cap. XIV, titulado precisamente, «El punto de vista externo». Sobre este aspecto (pero sólo sobre este aspecto) bien puede decirse, como eficazmente ha escrito M. Gascón Abellán, «La teoría general del garantismo», en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios...*, cit., p. 36, que la aproximación garantista «es conceptualmente positivista pero funcionalmente iusnaturalista. Es positivista porque circunscribe el objeto de su conocimiento al derecho positivo, sin concesiones a ninguna metafísica. Sin embargo, salvadas las obvias diferencias, se puede decir también que es iusnaturalista» porque «solicita un papel crítico» —además de en el sentido de la «crítica interna de la ley, los reglamentos, los actos administrativos y las sentencias, en cuanto que éstos realizan sólo parcialmente, en el mejor de los casos, el diseño constitucional»— también en el sentido de la «crítica externa, en cuanto que la misma constitución no es más que una expresión aproximativa del proyecto emancipador del garantismo, siempre abierto y no concluido».

123. Tras el final de los horrores del nazismo, esta fórmula fue expresada en un escrito de G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* [1946], trad. cast. de J. M. Rodríguez Paniagua, «Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes», en G. Radbruch, E. Schmidt y H. Welzel, *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid, Aguilar, 1971, pp. 13-14: «Podría resolverse el conflicto entre la justicia [*Gerechtigkeit*] y la seguridad jurídica [*Rechtssicherheit*] atribuyendo la preferencia al derecho positivo, que tiene la firmeza que le confieren su promulgación y la fuerza coactiva, y esto aun en el caso de que fuera injusto [*inhaltlich ungerecht*] o perjudicial [*unzweckmäßig*: inadecuado al fin], o bien, en el caso de que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance un grado insoportable, cediendo la ley, en cuanto 'derecho defectuoso' [*unrichtiges Recht*]». El escrito de Radbruch ha sido recientemente recuperado, junto con una lúcida reconstrucción del pensamiento de su autor, por G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di stato» nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milano, 2001. Cf. también, sobre la fórmula de Radbruch, R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* [1992], trad. cast., *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, cap. II, § 4.2, p. 53, que ve en ella una «tesis débil de la vinculación» entre derecho y moral; S. Labriola, «La legge intollerabile e la norma senza diritto»: *Rassegna Parlamentare* 2 (2002), 827-833; H. Hofmann, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 123-130; R. L. Vigo, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, La Ley, Buenos Aires, 2004; F. Riccobono, «La difficile disobbedienza» [2002] ahora en Íd., *I diritti e lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 75-92, que subraya la ambigüedad y la contradictoriedad de la fórmula en la que «a distancia de pocas líneas se sostiene, primero la validez de las leyes 'incluso injustas por su contenido'» y luego que la ley intolerablemente injusta debe retroceder ante la justicia y ser considerada inválida. Pero recuérdense, sobre todo, las palabras de H. L. A. Hart, «El positivismo y la separación entre el derecho y la moral» [1958], en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. cast. de G. R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 40-49, que ve en la fórmula de Radbruch una «llamativa retractación» (p. 43) de las anteriores posiciones iuspositivistas de Radbruch, «una extraordinaria ingenuidad [al] sostener que la insensibilidad a las exigencias de la moral y la obediencia al poder del Estado han surgido, en un pueblo como el alemán, de la creencia de que [...] 'el derecho es el derecho'» y «una enorme sobrevaloración de la importancia del hecho desnudo de que se pueda decir de una regla que es una regla válida de derecho» (p. 44), como si la validez de la ley eximiese de la obligación moral de la desobediencia o de la resistencia. Véase, sobre el derecho de resistencia y sobre la desobediencia civil, la literatura referida *infra* en la nota 140.

124. J. S. Mill, *Del gobierno representativo*, cit., cap. IV, p. 45: «Cuando un pueblo no estima lo necesario sus instituciones representativas tiene pocas probabilidades de conservarlas [...] La permanencia de las instituciones representativas depende necesariamente de que el pueblo esté dispuesto a librar por ellas una batalla cuando las amenace algún peligro. Si las estima muy poco para llegar a eso no arraigan, y si no arraigan serán destruidas tan pronto como el jefe del Gobierno o el de un partido que pueda reunir bastantes fuerzas para un golpe de mano quiera correr algún riesgo para hacerse dueño del poder absoluto». Palabras análogas repetirá, poco más de un siglo después, U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico* [1965], trad. cast. de A. Rentería Díaz, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, Cajica, Puebla, 2001, p. 232: «Ninguna precaución, ninguna garantía, ninguna medida de prevención interna en un sistema de derecho positivo

lo pondrán a buen recaudo de la subversión, si no se encuentra sostenido por el compromiso de un pueblo o de un sector lo suficientemente amplio y fuerte de un pueblo». Pero Scarpelli podrá añadir, gracias al «perfeccionamiento del carácter constitucional del positivismo jurídico» producido con el constitucionalismo rígido: «El nivel superior de las normas constitucionales, así como las relativas precauciones y garantías, expresan solemnemente ese compromiso y, al darle forma, lo refuerzan al tiempo que poseen también una eficacia propia para evitar pérfidas transformaciones del sistema e imprevistos golpes de mano por parte del órgano legislativo. Y cuando una constitución se encuentra así consagrada en la cumbre de un sistema de derecho positivo, la sumisión al derecho positivo puede entenderse ante todo como fidelidad a la constitución: allí donde una sociedad inscribe sus valores más elevados, plasma el modelo más elevado de sí misma».

125. Una reconstrucción histórica del origen y los desarrollos del «estado de excepción», desde sus orígenes franceses —la ley marcial dictada el 21.10.1789; el *état de siège* introducido por la ley de 8.7.1791; la *suspension de l'empire de la Constitution* prevista por el art. 92 de la Constitución de 13.12.1799; el *état de siège* nuevamente introducido en el *Act additionnel* de 22.4.1815— hasta sus desarrollos decimonónicos en Francia y luego el famoso artículo 48 de la Constitución alemana de Weimar, lo ofrece el mismo C. Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* [1921], trad. cast., *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Alianza, Madrid, 1999, cap. VI. Para una reconstrucción histórica más completa de las vicisitudes del «estado de excepción», cf. G. Agamben, *Stato di eccezione*, Bollati-Boringhieri, Torino, 2003, pp. 13-43 (trad. cast. de A. Gimeno Cuspinera, *Estado de excepción: Homo sacer II, 1*, Pre-Textos, Valencia, 2004), que refiere la experiencia apenas interrumpida del estado de excepción en Francia, Suiza y Alemania.

126. C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveranität* (1922), [2]1933, trad. cast. de F. J. Conde, en C. Schmitt, *Teología política*, Trotta, Madrid, 2009, p. 13. La misma tesis había sido expresada por C. Schmitt, *La dictadura*..., cit., p. 248: «La cuestión de quién decide sobre ésta [la plenitud sustancial del poder], es decir, sobre el caso no regulado jurídicamente, se convierte en la cuestión acerca de la soberanía».

127. *Teología política*, cit., p. 18.

128. *Ibid*. La referencia normativa presente en la reflexión de Schmitt era el primer párrafo del art. 48 de la Constitución de Weimar, que establecía: «El Presidente puede adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento del orden y la seguridad pública cuando resulten perturbados o amenazados de manera relevante y, si es necesario, intervenir con la fuerza armada». Como comentario de esta norma y apoyándose impúdicamente en la indeterminación de las «medidas necesarias» previstas en ella, Schmitt escribe: «El presidente del *Reich* alemán puede adoptar, según esto, *todas* las medidas necesarias, si bien su necesidad es apreciada por su propio arbitrio, de acuerdo con la situación de las cosas. Por ello puede también, como admitió el ministro de justicia del *Reich*, Schiffer, en la Asamblea Nacional, cubrir ciudades con gases venenosos si en un caso concreto es ésta la medida necesaria para el restablecimiento de la seguridad y del orden» (*La dictadura*..., cit., p. 258).

129. El ensayo *Teología política*, aparecido en 1922, fue reeditado por Schmitt en noviembre de 1933, cuando ya el soberano —«el defensor de la constitución», como él lo había llamado irresponsablemente en el ensayo *Der Hüter der Verfassung* [1931], trad. cast., *La defensa de la constitución*, Tecnos, Madrid, 1983,

III, pp. 245-251— había asumido la semblanza de Adolf Hitler. Alemania vivía de hecho desde hacía ocho meses en un estado de excepción, instaurado además ilegalmente, no ya por una decisión del viejo presidente Hindenburg conforme al art. 48 de la Constitución, sino, como recuerda el mismo Schmitt en su prólogo a la edición italiana de *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 23, «por una ley de modificación constitucional (de 24 de marzo de 1933) que atribuyó al Canciller del Imperio Hitler poderes monstruosos, consintiéndole la total eliminacion de la constitución y de los demás partidos políticos». Por lo demás, poco más de un mes después de aquella ley monstruosa, el 1 de mayo de 1933, Schmitt se inscribió en el partido nazi, a cuyo régimen dio un aval filosófico-político contribuyendo a la elaboración del *Führerprinzip*: recuérdense, en particular, el escrito *Staat, Bewegung, Volk*, de 1933, trad. it. en *Principii politici del nazionalsocialismo*, ed. de D. Cantimori, Sansoni, Firenze, 1935, y la conferencia milanesa «I caratteri essenziali dello Stato nazionalsocialista», en C. Schmitt, G. Ambrosimi y O. Ranelletti, *Gli stati europei a partito politico unico*, Panorama, Milano, 1936, pp. 37-52, donde se enuncia la «unión orgánica entre derecho y Estado [...] realizada en los órganos supremos y en primer lugar en el *Führer* del Partido». Sobre las diversas valoraciones de la adhesión de Schmitt al nazismo, de las más severas a las más indulgentes, véase la reseña de G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Laterza, Roma-Bari, 1996, pp. 176-177.

130. *Teología política*, cit., p. 14: «Ni se puede señalar con claridad cuándo un caso es de necesidad, ni cabe tampoco prevenir rigurosamente lo que en tal sazón conviene si el caso es realmente extremo y se aspira a dominar la situación. El supuesto y el contenido de la competencia son entonces necesariamente ilimitados. No se trata, por consiguiente, de una competencia en el sentido que el término tiene dentro del sistema del Estado de derecho»: es precisamente el soberano quien «decide si el caso propuesto es o no de necesidad y qué debe suceder para dominar la situación. Cae, pues, fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él, puesto que tiene competencia para decidir si la Constitución puede ser suspendida *in toto*» (*ibid.*).

131. El artículo 16 de la actual Constitución francesa de 4.10.1958 establece: «Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad del territorio o la ejecución de los compromisos internacionales estén amenazados de manera grave e inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República adoptará las medidas exigidas por tales circunstancias, oídos el Primer Ministro, los Presidentes de las asambleas y el Presidente del Consejo constitucional»: que es, por lo demás, una norma ciertamente más precisa que las de los viejos estados de sitio franceses, al exigirse además el presupuesto de la introducción del funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales. En España el art. 55.1 de la Constitución de 1978 establece: «Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, *a*) y *d*), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2» —en breve, casi todas las libertades fundamentales— «podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución». En Grecia el art. 48.1 de la Constitución de 1975 reformada en 1986 establece: «En caso de guerra o de movilización por peligros exteriores, o de graves desórdenes o amenaza inmediata contra el orden público y la seguridad del Estado, así como de manifestaciones de un movimiento armado que tenga por objeto derribar el régimen democrático, la Cámara podrá decidir, a propuesta del Gobierno, la aplicación en todo el territorio o en parte del mismo de

la ley sobre el 'estado de sitio', el establecimiento de tribunales extraordinarios y la suspensión total o parcial de la eficacia de las disposiciones de los arts. 5.4, 6, 9, 11, 12.1 a 12.4, 14, 19, 22.3, 23, 96.4 y 97 de la Constitución», es decir, de casi todas las libertades fundamentales, tanto políticas como sindicales. En Suecia el capítulo XIII de la Constitución está dedicado al estado de guerra o de peligro de guerra. En Alemania no el estado de excepción pero sí una gravísima medida de excepción está prevista por los arts. 18 y primer párrafo del 21 de la Ley Fundamental, que atribuye al Tribunal Constitucional Federal el poder de declarar la pérdida de los derechos de libertad por parte de quien «abusa de ellos para combatir el ordenamiento», además de la inconstitucionalidad de los partidos considerados subversivos «por sus fines o por el comportamiento de sus adheridos». Por el contrario, frente a estas diversas técnicas de vanificación de la Constitución, ha de recordarse el claro art. 187 de la Constitución belga: «La Constitución no puede ser suspendida ni en todo ni en parte». Por lo demás, límites al estado de excepción están previstos en los convenios internacionales. El art. 4 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 16.12.1966, dirigido a delimitar su alcance y a impedir su abuso, establece que «en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que [...] suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto», con tal de que «no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social» y no suspendan «los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18», es decir, el derecho a la vida, la inmunidad de torturas, la prohibición de la esclavitud, la exclusión de la prisión por deudas, el principio de irretroactividad de la ley penal, el derecho de cada uno al reconocimiento de su personalidad jurídica y a la libertad de conciencia y de pensamiento; «todo Estado Parte en el presente Pacto», añade el párrafo 3.º del art. 4, está obligado a informar a los demás Estados firmantes, a través del Secretario de las Naciones Unidas, «de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión». Normas análogas están previstas por el art. 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4.11.1950, por el art. 30 de la Carta social europea de 18.10.1961 y por el art. 27 de la Convención americana sobre derechos humanos de 22.11.1969.

132. B. Ackerman, *The Emergency Constitution*, trad. it. de A. Ferrara, *La costituzione di emergenza*, Meltemi, Roma, 2005, que propone una constitución que en situaciones de emergencia creadas por un ataque terrorista prevea —conforme al estado de emergencia declarado por el parlamento por breves periodos de tiempo, renovables por otros breves periodos de mayorías cualificadas sucesivamente crecientes— el poder del gobierno de suspender el *habeas corpus*, realizar registros masivos y detener incluso a miles de personas inocentes vagamente sospechosas, salvo las indemnizaciones apropiadas para cuantos sean juzgados no culpables.

133. En Italia la ley fascista de seguridad pública n.º 773 de 18.6.1931 preveía, en los artículos 214-219 —obviamente derogados por la Constitución republicana— el «estado de peligro público» y el «estado de guerra interna», declarados por el «ministro del interior con la anuencia del Jefe del Gobierno» o por los «prefectos, por delegación», bajo el simple presupuesto del «peligro de desórdenes». Conforme al estado de peligro el prefecto tenía el poder de arrestar a cualquiera que considerara «necesario para restablecer o para conservar el orden público». Conforme al estado de guerra interna, además, todos los poderes en materia de orden público venían confiados a las autoridades militares.

134. Es la distorsionadora noción ampliada de «estado de excepción» adoptada por G. Agamben, *op. cit.* Sobre la legislación de emergencia o de excepción, sobre sus justificaciones corrientes en la «razón de estado» diversamente declinada y sobre su incompatibilidad con el estado de derecho, remito a mi *Derecho y razón*, cit., cap. XII, §§ 52-54, pp. 807-828.

135. Es el caso del *Patriot Act* aprobado por el Senado el 26 de octubre de 2001 y de la *military order* dictada por el presidente de los Estados Unidos el 13.11.2001, que prevén el poder del presidente de declarar sospechoso y peligroso a cualquier individuo u organización por él considerados tales, además de la posibilidad de «detener en custodia» a cualquier persona de nacionalidad no estadounidense sospechosa de poner en peligro la seguridad de los Estados Unidos, de mantenerla durante una *indefinite detention* y de someterla a procesos sumarios y secretos, confiados a comisiones militares y basados en fuentes de prueba a su vez secretas. Dos sentencias del Tribunal Supremo, la primera de junio de 2004 y la segunda de junio de 2006, han declarado por lo demás la ilegitimidad de muchas de estas medidas: de la detención de prisioneros sin límite de tiempo y sin proceso; del establecimiento de las «Comisiones militares» especiales, en violación de la separación de poderes y del principio según el cual el acusado tiene derecho a conocer y a contestar las pruebas en su cargo; de la inaplicabilidad a las personas capturadas de las garantías predispuestas para los prisioneros de guerra por las convenciones de Ginebra. También en Europa se han aprobado leyes de emergencia de distinta gravedad, en la línea del *Patriot Act* estadounidense. Recuérdese sobre todo, en Inglaterra, el *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* de 14.12. 2001 y *The Prevention of Terrorism Bill* de 11.3.2005, que igualmente confían al ministro del Interior el poder de declarar «terrorista internacional» a cualquiera que él considere «sospechoso» de amenazar la seguridad nacional, con la consiguiente detención por tiempo indeterminado y la limitación de otros derechos; en Francia la ley Vaillant de 15.11.2001 y las dos leyes Perben de 9.2.2002 y de 11.2.2004; en Italia el decreto ley n.º 374 de 18.10.2001, que sin embargo pertenece al género de las leyes-manifiesto, dado que se limita a introducir una nueva norma contra el «terrorismo internacional» y a extender los presupuestos de las intervenciones telefónicas preventivas.

136. Totalmente distinto es el caso acontecido con la victoria electoral del Frente Islámico de Salvación (FIS) en Argelia en 1991, que merece ser recordado dado que sus vicisitudes expresan de manera emblemática la ambivalencia del estado de excepción —el llamado «estado de urgencia»—, dirigido en vía de principio a la defensa frente a la subversión y de hecho instrumento él mismo de subversión desde arriba. Previsto por los artículos 86 y 87 de la Constitución de 1989 «en cas de nécessité impérieuse» o «lorsque le pays est ménacé d'un péril imminent dans ses institutions», como poder del presidente de la República, se habría podido recurrir a él, además de al poder de disolución del Parlamento conferido al mismo presidente por el art. 29, en el caso de que el FIS, tras la victoria electoral de 1991, hubiera amenazado efectivamente con alguna iniciativa, una vez en el gobierno, la supervivencia de las instituciones constitucionales y la garantía de los derechos fundamentales. Por el contrario, las fuerzas armadas, después de haber anulado las elecciones e impuesto la dimisión al presidente que no había compartido su decisión, instauraron el «estado de urgencia» el 9.2.1992 por un «Haut Comité d'Etat» no previsto por la Constitución y obtuvieron su renovación por tiempo indeterminado con un decreto presidencial de 6.2.1993. Se trató pues de un golpe de estado, al que han seguido durante seis años torturas, masacres y desapariciones, en parte por obra de las mismas fuerzas armadas

(el número de muertes se calcula en 100.000 o 150.000 personas). Véase, sobre estos hechos, la sentencia de la 32.º sesión del Tribunal de los pueblos celebrada en París, en los días 5-8.11.2004 (Tribunal permanente de los pueblos, *Violazioni dei diritti umani in Algeria [1992-2004]. Sentenza, Parigi 5-8.11.2004*, Fondazione internazionale Lelio Basso, Roma, 2005).

137. «El proceso» que se desarrolló en Alemania conforme a los «poderes monstruosos» conferidos al canciller por la ley de 24.3.1933, escribe Schmitt en su prefacio a la edición italiana de 1971 de su *Teología política*, «fue valorado como completamente legal, tanto dentro del Estado, por el pueblo alemán, como en el campo internacional, por parte de los gobiernos extranjeros» (*Le categorie del 'politico'*, cit., p. 23). En realidad, la ley —que en cinco breves párrafos quitaba al parlamento y transfería al gobierno el poder legislativo, el control sobre el presupuesto del *Reich*, la aprobación de los tratados y el poder de enmendar la constitución— fue hecha aprobar por el *Reichstag*, como se ha dicho en la nota 129, al margen de una declaración formal del estado de excepción previsto por el primer párrafo del art. 48 de la Constitución. Pero «todo eso», declara Schmitt con siniestra complacencia, «constituyó una confirmación (*Testfall*) de lo que yo, entonces, en 1932, intenté llevar a un nivel consciente al hablar —en 1932, durante la discusión en torno a la cuestión de la admisibilidad constitucional del nombramiento de Hitler como Canciller del Imperio— de 'prima' (*Prämie*) política a la posesión legal de la fuerza y de 'plusvalía política por competencias jurídicas'» (*ibid.*). La autocita se refiere al ensayo *Legalität und Legitimität* [1932], trad. cast., *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971, p. 49: «La mera posesión del poder estatal produce una *plusvalía política adicional* que viene a añadirse al poder puramente legal y normativista: una prima superlegal a la posesión legal del poder legal y al logro de la mayoría».

138. Véase el pasaje reproducido *supra* en la nota 130.

139. Es la preocupación expresada —conforme a la petición de principio generada por su misma definición del poder de decidir el «estado de excepción» como poder ilimitado— por C. Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, cit., p. 53: «Una salida práctica sería buscar la solución a este problema en la introducción de un 'tercero imparcial', para que decida el conflicto, ya sea guardando las formas judiciales o bien sin sujetarse a ellas. Pero entonces se sacrificaría el sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario. Porque, frente a ambas partes, este tercero sería un tercero superior supraparlamentario y suprademocrático». Es el mismo argumento ya sostenido, en el pasaje reproducido en la nota 4 de este capítulo, por Thomas Hobbes, que basó en el principio del absolutismo (véanse también, *infra*, los pasajes hobbesianos reproducidos en las notas 57 y 62 del capítulo XIV). Análogamente, Locke argumentó sobre el carácter «supremo» del poder legislativo y la subordinación a él de «los otros poderes» mediante la tesis de que «aquel que puede imponer las leyes sobre otro es, necesariamente, superior a él» (*Segundo ensayo sobre el Gobierno civil*, cit., § 150, p. 314). Jeremy Waldron, a su vez, ha remitido a esta tesis para sostener la idea, «rotunda y atractiva», de que, dado el carácter en todo caso controvertido de todas las decisiones sobre los derechos, vale más que éstas se confíen a una institución dotada de carácter representativo (*Principio di maggioranza*..., cit., cap. IV, § X, pp. 106-107); una idea, a mi modo de ver, que, como se ha visto en la nota 89, indica una total incomprensión de la distinta naturaleza de la juris-dicción y de la legis-lación, de sus distintas fuentes de legitimación y de la consiguiente necesidad de su separación.

140. Sobre el derecho de resistencia existe una literatura vastísima. Me limito a recordar O. von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der natur-*

rechtlichen Staatstheorien [1880], trad. it. de A. Giolitti de la 3.ª ed. de 1913, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Einaudi, Torino, 1943, cap. VI, pp. 205 ss.; G. Cassandro, «Resistenza (diritto di)», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. XV, 1968, pp. 590-613; H. Arendt, *Civil Disobedience* [1970], trad. cast. en *Crisis de la república*, Taurus, Madrid, 1998, pp. 57-108; J. Rawls, *Teoría de la justicia*, cit., §§ 55-59, pp. 404-433; N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunitá, Milano, 1965, pp. 114-117 y 135-138; hay trad. cast. de E. Garzón Valdés de algunos de los escritos de esa recopilación, incluidos los citados en este caso, *El problema del positivismo jurídico*, Eudeba, Buenos Aires, 1965, pp. 51-55 y 77-80; Íd., «Disobbedienza civile», en N. Bobbio y N. Matteucci (eds.), *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1976, trad. cast., «Desobediencia civil», en *Diccionario de política*, Siglo XXI, Madrid, 1982; A. Passerin d'Entreves, *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Edizioni di Comunità, Milano, 1973; G. Cosi, *Saggio sulla disobbedienza civile*, Giuffrè, Milano, 1984; F. M. De Sanctis, «Resistenza (diritto di)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXXIX, 1988, pp. 994-1003; Íd, «Sul diritto di resistenza», en Íd., *Problemi e figure della filosofia giuridica e politica*, Bulzoni, Roma, 1998, pp. 103-121; L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., cap. XII, § 52, pp. 807-816 y § 61, pp. 920-931; G. Bronzini, «Disobbedienza e democrazia: restaurare o costituire la 'legalità'?», en Íd., *I diritti del popolo mondo*, Manifestolibri, Roma, 2003, pp. 99-111.

141. Sobre «Antígona» —figura femenina que personifica el *topos* más clásico del derecho natural de resistencia a las leyes injustas— existe una literatura desmesurada. Me limito a recordar G. Steiner, *Antigones* [1984], trad. cast., *Antígonas: una poética y una filosofía de la lectura*, Gedisa, Barcelona, 1996, con amplia bibliografía razonada; M. Nussbaum, *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy* [1986], trad. cast., *La fragilidad del bien: fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, A. Machado, Madrid, 1995; R. Rossanda, «Antigone ricorrente», introducción a Sófocles, *Antigone*, Feltrinelli, Milano, 1987. Véase además el volumen que recoge las páginas dedicadas a Antígona por Hegel, Kierkegaard, Hölderlin, Heidegger y Bultmann, *Antigone e la filosofia. Un seminario*, ed. de P. Montani, Donzelli, Roma, 2001.

142. Sobre las doctrinas altomedievales y germánicas de la «resistencia eclesiástica» autorizada por la Iglesia, de la soberanía popular y del tiranicidio, y después sobre las doctrinas calvinistas del derecho de resistencia como derecho colectivo, cf. G. Cassandro, «Resistenza (diritto di)», cit., pp. 591-595 y 599. La primera formulación constitucional del derecho de resistencia puede hallarse en el § 61 de la *Magna Charta*, que estableció la responsabilidad del rey y el derecho de los barones y del pueblo a oponerse, conforme al veredicto de veinticinco barones, en caso de violación de las normas en ella contenidas.

143. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, La Editorial Católica, BAC, Madrid, [2]1956, *IIa*, *IIae*, *quaestio* XLII, art. 2: «Videtur quod seditio non semper sit peccatum mortale [...] Praeterea, laudantur qui multitudinem a potestate tyrannica liberant [...] Ad tertium dicendum quod regimen tyrannicum non est iustum: quia non ordinatur ad bonum commune, sed ad bonum privatum regentis. Et ideo perturbatio huius regiminis non habet rationem seditionis» [Parece que la sedición no siempre es pecado mortal [...] Además se elogia a quienes liberan a la población de un poder tiránico. Al tercer punto hay que decir que el régimen tiránico no es justo, porque no se ordena al bien común, sino al bien particular del gobernante [...] Y, por eso mismo, perturbar el orden de este régimen no se considera sedición]; *ibid.*, *quaestio* CIV, art. 6: «Principibus saecularibus intantum homo obedire tenetur inquantum ordo iustitiae requirit. Et ideo si non

habeant iustum principatum sed usurpatum, vel si iniusta praecipiant, non tenentur eis subditi oboedire» [Un hombre está obligado a obedecer a los príncipes seculares en tanto en cuanto exige el orden de la justicia. Y, por eso mismo, si no ostentan un principado justo, sino usurpado, o si ordenan cosas injustas, los súbditos no están obligados a obedecerles].

144. J. Althusius, *Politica methodice digesta et exemplis sacris et profanis illustrata* [1603], reed. Scientia, Aalen, 1961, cap. XXXVIII, trad. cast., *La política metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos*, Madrid, CEC, 1990, donde está prevista, como presupuesto del *jus resistentiae et exauctorationis* al monarca perteneciente al pueblo un detallado procedimiento confiado a los Éforos y dirigido a comprobar la degeneración del poder regio en tiranía *nota et obfirmata*. Cf. sobre el punto O. von Gierke, *Giovanni Althusius*..., cit., cap. II, pp. 48-49.

145. J. Locke, *Segundo ensayo sobre el Gobierno civil*, cit., § 21, p. 218: «Cuando no existe juez sobre la tierra, la apelación corresponde a Dios en el cielo». De la «apelación al cielo» (*appeal to Heaven*) Locke habla más ampliamente *ibid.*, en el § 168, pp. 327-328: «En este caso y en todos aquellos en los que no cuenta con un juez terrenal, al pueblo no le queda más remedio que apelar al cielo. Porque al actuar así, los gobernantes ejercen un poder sobre el pueblo que nunca fue puesto en sus manos (pues es inconcebible que alguien pueda estar de acuerdo en verse gobernado por alguien en perjuicio suyo) y, por tanto, sus acciones están fuera de todo derecho. Y cuando el cuerpo social o un solo hombre son privados de sus derechos, o se ven sometidos a un poder que carece de derecho, y no tienen a quién apelar en este mundo, tienen libertad para dirigirse al cielo, siempre que lo juzguen necesario». De ello habla además, *ibid.*, en los §§ 176 y 241, pp. 334 y 382. Recuérdese también el nexo establecido por Locke entre derecho de resistencia y soberanía popular: «Dado que el legislativo no es más que un poder fiduciario para cumplir ciertos fines concretos, el pueblo sigue manteniendo un poder supremo para expulsar o alterar el legislativo, siempre que consideren que el legislativo actúa en sentido contrario a la confianza puesta en él [...] Pues ningún hombre ni sociedad tiene el poder de renunciar a su preservación y, en consecuencia, a los medios para procurársela, en favor de la voluntad absoluta y el dominio arbitrario de otro; por lo cual, siempre que alguien pretenda sumirles en esa condición de esclavitud, en todo momento tendrán el derecho a preservar aquello de lo que no tienen poder para desprenderse, así como a desembarazarse de aquellos que atropellan esta ley fundamental, sagrada e inalterable, de la autoconservación, que fue la que los llevó a entrar en sociedad. Con lo cual, podemos decir que la comunidad es siempre el poder supremo» (*ibid.*, § 149, pp. 313-314). La desobediencia a los actos ilegales de los poderes públicos se justifica también, añade Locke, por el hecho de que tales actos degradan a sus titulares de personas públicas a personas privadas: «De ahí que la lealtad no signifique sino una obediencia acorde con la ley, y caso de que él [el legislador] la violara, perdería el derecho a la obediencia, pues éste lo adquiere en la medida en que se comporte como la imagen, la fachada o la representación de la república, investido por la voluntad de la sociedad tal y como ésta se expresa a través de sus leyes. Y no tiene otra voluntad ni otro poder que los de la ley. Pero cuando se aparta de esta función representativa, cuando se olvida de la voluntad pública y actúa según según los dictados de su propia voluntad privada, se degrada a sí mismo, y se convierte en una simple persona privada que no tiene poder ni voluntad, ni mucho menos derecho a ser obedecido» (*ibid.*, § 151, p. 315). En suma, «si los actos ilegales se extienden a la mayoría del pueblo, o si los atropellos y la opresión sólo han recaído sobre unos pocos, pero

la mayoría se considera amenazada sobre la base de tales precedentes, y llegan al convencimiento de que sus leyes están en peligro, y con ellas lo están también sus haciendas, sus libertades y sus vidas, e incluso puede que también su religión, en tales casos no veo cómo se puede evitar que se resistan por la fuerza, frente a la violencia que se ha empleado contra ellos» (*ibid.*, § 209, pp. 356-357). Recuérdense en fin los pasajes lockeanos sobre la tiranía: «la tiranía es el ejercicio del poder al margen del derecho» (*ibid.*, § 199, p. 350); «La tiranía comienza donde termina la ley, si se transgrede esa ley en perjuicio de alguien. Cualquiera que, en el ejercicio de su autoridad, traspasa los límites del poder que le marca la ley, y hace uso de la fuerza que tiene a sus órdenes para lograr sus propósitos, allá donde la ley no lo permite, en ese momento deja de ser un magistrado y, por actuar sin autoridad alguna, se le puede ofrecer la debida resistencia, igual que cualquier otro hombre que invadiera por la fuerza el derecho de otro» (*ibid.*, § 202, p. 352).

146. D. Hume, *Ensayos morales, políticos y literarios*, cit., «De la obediencia pasiva», p. 424, donde Hume, tras haber admitido «la resistencia en situaciones extraordinarias», afirma que «sólo puede plantearse [...] la cuestión del grado de necesidad que pueda justificarla, y convertirla en legítima y encomiable».

147. C. A. Helvétius, *De l'homme, de ses facultés intellectuelles et de son éducation* [1772], secc. IX, cap. 9, trad. it. en *Antologia degli scritti politici degli ideologi francesi del Settecento*, ed. de A. Maffey, Il Mulino, Bologna, 1962, p. 72: «Todo acto de un gobierno despótico es injusto. El poder adquirido y conservado con la fuerza es un poder que la fuerza tiene el derecho de abatir».

148. J.-J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., lib. III, cap. X, p. 91: «En el instante en que el gobierno usurpa la soberanía, el pacto social queda roto, y todos los simples ciudadanos, vueltos de derecho a su libertad natural, son forzados, pero no obligados, a obedecer».

149. Giandomenico Romagnosi concibió una especie de entrecruzamiento entre estado de emergencia y derecho de resistencia: un derecho de resistencia de la «nación armada», del que disciplinó minuciosamente su ejercicio, confiándolo a una guardia cívica no jerarquizada, subdividida en cuerpos comunales y dependiente no del príncipe sino del senado, competente además para decidir los casos de necesidad: «Una constitución sin la fuerza de las armas frente a un jefe siempre armado no yace más que en el papel, y no vale más que como papel. Los poderes distribuidos no sostenidos por una fuerza predominante no son más que títulos nominales y no valen más que como nombres. El antagonismo constitucional no garantizado por un temor superior se convierte en un ladrar de perros no válido para la defensa» (G. Romagnosi, *Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa. (La scienza delle costituzioni)* [1815], en *Opere scelte*, Reale Accademia d'Italia, Roma, 1937, vol. II, t. II, parte II, lib. II, cap. XII, § 88, pp. 655-656); «¿Se deberá pues limitar con la ley el ejercicio de la fuerza? ¿Pero se puede acaso contraponer confiadamente el mero papel a una fuerza real? No queda pues más que contraponer la fuerza a la fuerza», es decir, «recurrir a otra fuerza armada distinta de la que está destinada contra los enemigos externos y sin embargo fuerza armada de la nación [...] Pero la fuerza armada es de por sí un poder ciego [...] ¿Quién juzgará que ha llegado el caso de la resistencia armada? [...] No queda más juez justo que el Senado» (*ibid.*, vol. II, t. I, cap. VII, § 56, pp. 119-120); «Os acomodáis tan rápido cuando se trata de hacer la guerra fuera de casa, y la justificáis con los peligros de un engrandecimiento de los vecinos que podría amenazar vuestra independencia, con un daño comercial, con una ofensa al honor del trono, ¿y no querríais conceder una guerra bastante más necesaria contra la tiranía?» (*ibid.*, cap. VIII, § 70, p. 153).

Se trata de la que, en referencia al antiguo tribunado romano y al procedimiento previsto por el art. 61 de la *Magna Charta* del que se ha hablado en la nota 142, Vittorio Emanuele Orlando llamó «resistencia colectiva legal», en oposición al simple «estado de hecho» extrajurídico representado por la resistencia colectiva revolucionaria» (*Principi di diritto costituzionale*, Barbera, Firenze, 1909, pp. 306-311), y en adición al «derecho de resistencia individual», igualmente admitido por él como «garantía constitucional»: «Afirmado en el ciudadano el derecho de libertad personal, determinadas las formas rigurosas con las que este derecho puede ser limitado, de ello se sigue el derecho en el ciudadano de defenderse contra quien quiere dañar ese derecho suyo, y por tanto también contra el funcionario público que no observa las normas legales establecidas al efecto: negar la defensa equivale a negar el derecho... *vim vi repellere licet*» [es lícito repeler la fuerza con la fuerza] (*ibid.*, pp. 303-305).

150. Incluso Hobbes, que obviamente negó la legitimidad de cualquier resistencia o rebelión (*Leviatán*, cit., parte II, cap. XXI, pp. 181-183; cap. XXIX, pp. 265-266; cap. XXX, pp. 270-271), afirmó —en coherencia con su concepción hetero-poyética y utilitarista del artificio jurídico (atestiguada por los pasajes reproducidos *supra* en la nota 22)— la inalienabilidad de los derechos de los súbditos a la autoconservación y por ello del «derecho a salvarse de la muerte, del daño físico y del encarcelamiento» y de «resistir a aquellos que lo asaltan por la fuerza» o que «se le haga violencia» (*Leviatán*, cit., cap. XIV, pp. 118 y 113; cap. XXVIII, p. 248), además de la facultad de desobedecer al soberano cuando éste le ordena dañarse a sí mismo (*ibid.*, cap. XXI, p. 179), el derecho de no autoacusarse (*ibid.*, p. 179) e incluso la legitimidad de la cobardía y el derecho a huir del peligro al que le expone el soberano con la guerra o con la pena: «Un hombre al que, en su condición de soldado, se le ordene luchar contra el enemigo, podrá en muchos casos, sin cometer injusticia, negarse a obedecer esa orden [...] Y debe hacerse también una concesión a la timidez natural, no sólo de las mujeres, de las que no debe esperarse un servicio tan peligroso, sino también de los hombres cuyo coraje es feminoide. Siempre que los ejércitos luchan, tienen lugar huidas en uno de los bandos, o en los dos; sin embargo, cuando huir no es un acto de traición, sino simplemente de miedo, no se estima injusto que los hombres huyan, sino deshonorable. Por la misma razón, evitar la batalla no es injusticia, sino cobardía» (*ibid.*, cap. XXI, p. 180). Y aún más, contrariamente al castigo de la evasión todavía hoy prevista en nuestros ordenamientos: «Si un hombre es encerrado en prisión, o es encadenado, o no se le concede la libertad corporal, no podrá asumirse que está obligado a la sujeción en virtud de pacto alguno y, por lo tanto, le estará permitido, si puede, escapar por todos los medios a su alcance» (*ibid.*, cap. XXI, p. 182). Puede incluso, «si [...] es hecho prisionero en la guerra, o su persona y sus medios de vida caen bajo control del enemigo, de modo que su vida y su libertad corporal le son concedidas bajo condición de hacerse súbdito del vencedor», pasarse a éste y convertirse en súbdito suyo (*ibid.*, p. 182). Y puede también, si junto a otros se ha manchado por un delito capital por el que se espera la muerte, «agruparse» con sus cómplices y «ayudarse y defenderse» de la captura, puesto que «no están haciendo otra cosa que defender sus vidas, a lo cual tiene derecho tanto el hombre culpable como el inocente. Hubo, desde luego, injusticia cuando por primera vez quebrantaron su deber; pero cuando después tomaron las armas, aunque lo hicieron para mantener lo que habían hecho, ello no constituyó un nuevo acto injusto. Y si tomaron las armas para defender sus personas no fue acto injusto en absoluto» (*ibid.*, cap. XXI, p. 180).

151. Recuérdense el art. 3 de la Declaración de derechos de Virginia de 1776, que enuncia el «derecho a cambiar o abolir» los gobiernos que no persigan la

felicidad y la seguridad de los ciudadanos; el art. 2 de la *Déclaration* de 1789, que incluye «la resistencia a la opresión» entre los «derechos naturales e imprescriptibles del hombre»; el art. 33 de la Constitución de 24.6.1793, según el cual «la resistencia a la opresión es la consecuencia de los derechos del hombre»; el art. 9 del proyecto de constitución para la República Partenopea redactado por Francesco Maria Pagano, que estableció el derecho de resistencia de todo hombre frente a quien «impide el libre ejercicio de sus facultades», además de contra «las autoridades perpetuas y hereditarias, tiránicas siempre».

152. El art. 20 párrafo 4 de la Ley Fundamental alemana establece: «Todos los alemanes tienen el derecho de resistencia frente a cualquiera que se disponga a suprimir el ordenamiento vigente, si no es posible otro remedio». Además, las constituciones del 46 y del 47 de algunos Estados alemanes, como Hesse, Bremen y Brandenburgo, aseguran el derecho de resistencia frente a las «violaciones de la constitución» o «de los derechos del hombre», «frente a las leyes en contradicción con la moral y la humanidad» o «frente al ejercicio anticonstitucional de los poderes públicos». Análogamente, el art. 20 de la Constitución portuguesa de 1976 prevé el «derecho de oponerse» incluso «con la fuerza» a cualquier agresión a los derechos fundamentales. El art. 1 de la Constitución nicaragüense de 1987 establece el «derecho del pueblo a defender con las armas en la mano» la «independencia y la autodeterminación nacional». Recuérdese también el art. 21 del proyecto de Constitución francesa de 19 de abril de 1946, que establecía: «Cuando el gobierno viola las libertades y los derechos garantizados por la Constitución, la resistencia en cualquier forma es el más sagrado de los derechos y el más categórico de los deberes»; y el art. 50 del proyecto de la Constitución italiana, propuesto por Giuseppe Dossetti, que establecía: «Cuando los poderes públicos violan las libertades fundamentales y los derechos garantizados por la Constitución, la resistencia a la opresión es un derecho y un deber del ciudadano». Añádase el ya recordado párrafo 5.º del preámbulo a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10.12.1948: «Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión frente a la tiranía y la opresión».

153. Es el argumento compartido por la doctrina dominante: cf., por ejemplo, F. Ruffini, *Corso di diritto ecclesiastico italiano. I. La libertà religiosa come diritto pubblico obbiettivo*, Fratelli Bocca, Torino, 1924, p. 180; Íd., *Diritti di libertà* [1926], La Nuova Italia, Firenze, [2]1946, pp. 58-60 y, por último, F. M. De Sanctis, *op. cit.*

154. «En una constitución política elaborada de tal modo que el pueblo mediante sus representantes (en el parlamento) puede oponer resistencia *legalmente* al poder ejecutivo y a su representante (al ministro) —constitución que en tal caso se llama restringida— no está permitida, sin embargo, la resistencia activa [...], sino sólo la resistencia *negativa*, es decir, la *negativa* del pueblo (en el parlamento) a acceder siempre a las exigencias cuya satisfacción presenta el gobierno como necesaria para la administración del Estado» (I. Kant, «Principios metafísicos de la doctrina del derecho», cit., p. 154). Pocas páginas antes, en el mismo párrafo citado en la nota 3 del capítulo XII, Kant había expresado una crítica durísima al derecho de resistencia: «Contra la suprema autoridad del Estado no hay, por tanto, resistencia legítima del pueblo; porque sólo la sumisión a su voluntad universalmente legisladora posibilita un estado jurídico; por tanto, no hay ningún derecho de *sedición* (*seditio*), aún menos de *rebelión* (*rebellio*), ni mucho menos existe el derecho de *atentar* contra su persona, incluso contra su vida (*monarchomachismus sub specie tyrannicidii*), como persona individual

(monarca), *so pretexto de abuso de poder* (*tyrannis*). El menor intento en este sentido es un *crimen de alta traición* (*proditio eminens*), y el traidor de esta clase ha de ser castigado, al menos, con la muerte, como alguien que intenta *dar muerte* a su *patria* [...] Porque para estar capacitado para ello tendría que haber una ley pública que autorizara esta resistencia del pueblo; es decir, que la legislación suprema contendría en sí misma la determinación de no ser la suprema y de convertir al pueblo como súbdito, en uno y el mismo juicio, en soberano de aquel al que está sometido; lo cual es contradictorio [...] Por tanto, un cambio en una constitución política (defectuosa), que bien puede ser necesario a veces, sólo puede ser introducido por el soberano mismo mediante *reforma*, pero no por el pueblo, por consiguiente, no por *revolución*». Sigue una larga, terrible nota de execración de la «*ejecución formal*» del soberano, que fue el «destino de Carlos I o de Luis XVI», deplorada —mucho más que el común «*asesinato* mismo del monarca», del que «cabe pensar que el pueblo lo hace por miedo» y «sólo como una excepción a la regla»— como «un crimen que permanece perpetuamente y nunca puede expiarse (*crimen immortale, inexpiabile*)», semejante «a lo que los teólogos llaman el pecado que no puede perdonarse ni en este mundo ni en el otro», al equivaler a «la total *inversión* de los principios de la relación entre el soberano y el pueblo [...], de suerte que la violencia, con la frente bien alta y siguiendo principios, se eleva sobre el derecho más sagrado; lo cual, como un abismo que lo devora todo sin retorno, como un suicidio cometido por el Estado, parece ser un delito sin expiación posible» (*ibid.*, pp. 151-154). La misma condena de la «oposición a título de contraviolencia» del pueblo «al supremo poder legislativo» como «el delito supremo y más punible», había sido expresada por Kant en el ensayo «En torno al tópico...», cit., pp. 40, 43-44, en particular en el pasaje en p. 43, nota, reproducido *supra* en la nota 11. Ambiguo, en el límite de la contradictoriedad, es en fin este último pasaje de I. Kant, *La paz perpetua*, cit., Apéndice, II, § 1.º, p. 152: «En lo que se refiere al derecho político interior (*ius civitatis*), hay un problema [...]: ¿es la revolución un medio legítimo para librarse un pueblo de la opresión de un tirano *non titulo, sed exercitio talis*? Los derechos del pueblo yacen escarnecidos, y al tirano no se le hace ninguna injusticia destronándole; no cabe duda alguna. No obstante, es altamente ilegítimo, por parte de los súbditos, el reivindicar su derecho de esta manera, y no pueden en modo alguno quejarse de la injusticia recibida si son vencidos en la demanda y obligados a cumplir las penas consiguientes».

155. Es el pasaje de Locke citado en la nota 145.

XIV

LAS FORMAS DE LA DEMOCRACIA. LA DEMOCRACIA POLÍTICA Y LA DEMOCRACIA CIVIL

14.1. *El poder constituyente y la metáfora del contrato social*

La existencia del poder y del acto constituyente y, más todavía, el carácter pacticio de las constituciones vienen considerados a menudo como hipótesis teóricas que en realidad corresponden a ficciones. El Estado, se reconoce, está constituido en el sentido de que todas las normas que componen su ordenamiento están producidas por actos normativos. Sin embargo, siendo las más de las veces imposible identificar histórica y empíricamente ningún momento originario, el acto, la actividad o el pacto constituyente —al igual que la kelseniana norma fundamental— vienen relegados por la iuspublicística corriente a una especie de *prius* lógico, trascendental, presupuesto teóricamente pero inexistente en concreto. Se trata, como se dijo en el § 12.2, de una remoción ideológica, dirigida a acreditar la idea de una naturalidad ontológica del derecho y a impedir su completa y total secularización como producto contingente, enteramente histórico y humano. Con ello resulta ofuscada la comprensión de los fundamentos, tanto empíricos como axiológicos, del derecho positivo y de las instituciones políticas.

Que el Estado y las demás instituciones originarias sean en efecto el producto de un acto constituyente —jurídico y a la vez meta-jurídico, intrínsecamente político, a veces revolucionario y en todo caso informalmente fundante— es por el contrario una tesis teórica, además de filosófico-jurídica, indispensable para cualquier teoría empírica y iuspositivista del derecho y de sus modos de producción y de reproducción. 'Acto constituyente' y 'poder constituyente' son evidentemente figuras impensables en el derecho premoderno, de formación jurisprudencial y doctrinal, más todavía que la soberanía, no por casualidad igualmente un principio moderno que se afirma con la formación de los Estados nacionales como la otra cara del principio de legalidad y del monopolio estatal de la producción jurídica. Pero es claro que en el momento en que

se afirma el carácter enteramente positivo y artificial del derecho, debe también admitirse la existencia de una subjetividad, de una potestad y de una actividad constituyente.

Por lo demás, como se ha visto en el capítulo VII, toda la construcción teórica del Estado-persona se desarrolla en la Edad Moderna, tras un largo proceso que comienza con aquella operación teórica de la construcción del concepto de «persona jurídica»[1]. La cultura jurídica iusnaturalista y racionalista de la Edad Media construye en suma la figura de la «persona jurídica» como persona «artificial» o «ficticia», o más simplemente como «artificio» o «ficción», suministrando con ella el instrumento que hace concebible al derecho positivo como producto del «Estado-persona». Construye, con la doctrina del contrato social, un centro de imputación de la producción del derecho, indispensable en la cultura premoderna, concibiéndolo y justificándolo como persona artificial dirigida a la garantía de los derechos de las mismas personas de carne y hueso que la han establecido. Y así se dota de los instrumentos para pensar el mismo contrato social como acto constituyente, no distinto estructuralmente de los actos constitutivos que constituyen a las demás personas jurídicas.

Es cierto que la idea del contrato social, como se dijo en el § 11.18, es una metáfora. Pero es la metáfora, precisamente, del momento constituyente de la democracia constitucional, o sea, de aquella actividad humana que, de una manera u otra, ha establecido esa ficción que es el estado constitucional de derecho, como centro e instrumento de imputación de las situaciones, activas y pasivas, a su vez establecidas por los constituyentes. Esta actividad puede consistir en un efectivo pacto de convivencia, como lo fueron la Constitución de los Estados Unidos o la Carta de la ONU y como probablemente lo será la Constitución europea, estipuladas todas con la forma del tratado; o puede realizarse mediante un proceso constituyente, que se inicia con el establecimiento de una asamblea constituyente y se desarrolla con la elaboración y después la aprobación de un texto constitucional, como ha ocurrido en las experiencias inauguradas por la Revolución francesa; o bien, en fin, puede consistir, en vez de en un específico y solemne acto normativo productivo de una constitución escrita, en una costumbre, como lo es —así debe considerarse— la que se encuentra en la base de los sistemas carentes de una ley constitucional formal. Lo cierto es que el Estado, al consistir al igual que cualquier otra institución en una entidad ficticia y artificial, no está sólo constituido, como ordenamiento y persona jurídica a un tiempo, por un acto que lo instituye, sino que es también continuamente re-constituido, es decir, hecho funcionar, gracias a la realización y por tanto a la efectividad de las normas producidas por él.

Lo que hace que la imagen del contrato social sea más pertinente que ninguna otra para representar el acto constituyente de una *democracia constitucional* es el hecho de que en la constitución por él producida se estipule la igualdad a través de la atribución a todos de los derechos

fundamentales. En ella son convenidas, en efecto, dos dimensiones de la igualdad: la dimensión formal, conforme a la cual las dinámicas del ordenamiento establecido, es decir, toda la producción normativa, se confían, directa o indirectamente, a la *autonomía*, individual y colectiva, de los propios contratantes o asociados; y la dimensión sustancial, conforme a la cual tales dinámicas, tanto públicas como privadas, están vinculadas a la *garantía* de los derechos fundamentales y, en particular, al respeto de los derechos de libertad y a la satisfacción de los derechos sociales. Una vez realizado y agotado en la convención democrática, el poder constituyente u originario, en este sentido «soberano», se transforma en aquellos fragmentos de soberanía que son los derechos fundamentales estipulados en aquélla. Precisamente, gracias a la *dimensión formal* y *nomodinámica* pactada en la convención constitucional, se transforma en aquel conjunto de poderes ya no constituyentes sino constituidos que son los derechos-poder secundarios de autonomía. Y se autovincula, gracias a la *dimensión sustancial* y *nomoestática* de la propia convención, a la garantía de todos los derechos fundamentales estipulados como vitales. El acto constituyente con el que tal poder se ejerce produce en suma su *autorreconocimiento*, que ocurre simultáneamente con la efectiva y concreta fundación del ordenamiento por obra de los titulares de los derechos positivos de autonomía por él mismo producidos: por un lado, los derechos *políticos* o de autonomía política; por el otro, los derechos *civiles* o de autonomía privada, unos y otros *formales* o *instrumentales* en oposición a los demás derechos fundamentales, *de libertad* y *sociales*, que he llamado *sustanciales* o *finales*.

14.2. *La producción y la reproducción democrática de la sociedad civil y de la sociedad política. La dimensión formal de la democracia*

Hemos llegado así al análisis de los fundamentos y a la vez de la fundación del derecho positivo en un sistema democrático. Los derechos fundamentales secundarios no son otra cosa, en el modelo del estado democrático de derecho, que las autonomías fundamentales y originarias, idóneas para dar vida, como derechos civiles, a aquel conjunto de actos, de situaciones, de relaciones interpersonales, de vicisitudes y sucesiones que llamamos «*derecho privado*», y, como derechos políticos, a aquel conjunto de instituciones, además de normas, actos y situaciones que llamamos «*derecho público*». En particular, los derechos secundarios civiles son los derechos-poder en los que se manifiesta la «*autonomía privada*»; los derechos secundarios políticos son los derechos-poder en los que se manifiesta la llamada «*soberanía política*». Los unos valen para fundar la *esfera privada* como lugar de los intereses particulares y diferenciados de los individuos (D11.37); los otros valen para fundar la *esfera pública* como lugar de los intereses generales e iguales, es decir, universales o de todos (D11.36). El ejercicio de los primeros por obra

de todas las personas capaces de actuar da vida a la *sociedad civil*, en la forma de esa red horizontal de relaciones, transmisiones e intercambios que en los §§ 6.7, 8.7, 10.2 y 12.12 he identificado con el *mercado* y con la *democracia civil*. En cambio, el ejercicio de los segundos por parte de todos los ciudadanos capaces de obrar da vida a la *sociedad política*, en la forma de esa escala vertical de sujetos y de normas que en los mismos epígrafes he identificado con el *ordenamiento*, gracias a ello legitimado como *democracia político-representativa* (T6.48-T6.59, T8.81-T8.84, T10.37-T10.38 y T12.127-T12.128).

De lo anterior se sigue que si bajo el aspecto de la *función* y del *fundamento axiológico* del artificio jurídico podemos hablar de una primacía de los derechos fundamentales sustanciales (por ello llamados «primarios») respecto a los formales (por ello llamados «secundarios») —en cuanto los unos son derechos-fin y los otros derechos-medio—, bajo el aspecto de la *fundación positiva* de sus garantías y del concreto funcionamiento del conjunto debe por el contrario hablarse de una primacía de los derechos-medio o formales respecto de los derechos-fin o sustanciales. Y, evidentemente, lo mismo puede decirse de las dos distintas primacías que, bajo los dos mismos aspectos, tienen una respecto de la otra las que he llamado *democracia formal* (D.12.34) y *democracia sustancial* (D.12.35).

En este capítulo trataré de la dimensión formal y nomodinámica de la democracia tal y como resulta del ejercicio de los derechos secundarios y, por tanto, de su primacía en cuanto se refiere a la fundamentación positiva de la democracia constitucional. Esta dimensión, se ha dicho, se articula en las dos formas de la democracia política y de la democracia civil, correspondientes la una a la esfera pública y la otra a la esfera privada de la vida asociada. Como he recordado en el § 11.15, a menudo se ha intentado refutar la solidez de la distinción entre «público» y «privado», y más aún de la separación entre las dos esferas o, al menos, minimizar o devaluar su significado y alcance: a veces con argumentos descriptivos o de hecho, es decir, con la tesis de que aquélla resulta desmentida empíricamente por múltiples confusiones y superposiciones; a veces con argumentos normativos o de valor, es decir, con la tesis de que no está justificada axiológicamente por concretas exigencias de tutela.

La distinción y la separación (T11.135) son en cambio esenciales. Ambas forman un elemento constitutivo de la modernidad jurídica, al haber nacido históricamente la esfera pública, junto con la separación entre soberanía y propiedad, con el fin del estado patrimonial y con la formación del Estado moderno; tanto que más adelante hablaré de regresión al estado patrimonial a propósito de la confusión entre las dos esferas producida por los denominados «conflictos de intereses», equivalente en realidad a la primacía de los intereses privados sobre los intereses públicos. En realidad, las fuentes de legitimación de las dos esferas son distintas y están virtualmente en conflicto: el interés de todos al que está encaminada la esfera pública y la gestión autónoma de los propios

intereses particulares en los que están ancladas las esferas privadas de cada cual. En la democracia constitucional, en particular, la esfera pública está formada esencialmente por aquellos intereses vitales de todos que están estipulados como derechos fundamentales, inviolables e indisponibles, en oposición a la esfera privada de los derechos patrimoniales, alienables y disponibles, que reflejan en cambio los intereses exclusivos de cada uno. Por esto, si es verdad que la separación entre las dos esferas, y por tanto entre instituciones políticas y sociedad civil, es un resultado del nacimiento del Estado moderno, la garantía de tal separación se produce solamente con el paradigma del constitucionalismo democrático, que define rígidamente la esfera pública como el conjunto de los derechos de todos estipulados como vitales, poniendo a las instituciones políticas al servicio de su tutela y satisfacción.

De aquí la específica dimensión obligatoria que siempre tienen las funciones públicas: su doble naturaleza —de «poder» (en nombre del representado) y de «deber» (por cuenta, esto es, en el interés del mismo) (D10.6, D11.38)— que en ellas proviene de su carácter representativo (en sentido jurídico respecto del Estado, y eventualmente en sentido político respecto del electorado) y a la vez de los límites y vínculos a los que está sometido su ejercicio, caracterizado por ello por márgenes más o menos amplios de discrecionalidad. Naturalmente, es del todo posible que un poder público sea establecido como absoluto, no funcional sino potestativo e ilimitado, en cuanto basado sobre el simple principio *quod principi placuit legis habet vigorem*. A la inversa, es igualmente posible que los derechos civiles y políticos sean configurados como poderes no autónomos o potestativos sino funcionales, por ejemplo, al servicio del interés general[2]. Es en el modelo del estado de derecho donde los poderes públicos no son nunca absolutos ni personales, sino sólo funcionales y «jurídicamente representativos» de aquella persona artificial que es el Estado, además de, en democracia, «políticamente representativos» del conjunto de los ciudadanos. No es casual que los sistemas políticos en los que los poderes del soberano son absolutos y por tanto están dirigidos o son dirigibles a sus intereses personales reflejen el modelo del estado patrimonial, en el que en realidad tales poderes son a la vez públicos y privados y la distinción-separación entre esfera pública y esfera privada no se ha producido todavía; mientras que reflejan el modelo del estado paternalista y autoritario los sistemas políticos en los que los derechos civiles resultan reducidos de derechos potestativos de autonomía a derechos públicos funcionales a los intereses públicos. En el paradigma del estado de derecho, por el contrario, como se dijo en el § 10.4, sólo los sujetos privados son los titulares de *potestades*, es decir, de poderes conferidos en su personal interés (D10.7), por ello llamados «derechos potestativos» (D10.25), si bien con los límites siempre conectados a su naturaleza de poderes (T10.31, T10.32); donde los poderes públicos —dirigidos y subordinados, en particular, a los vínculos de contenido correspondientes a los intereses de todos que son los derechos funda-

mentales sustanciales o primarios— son siempre *funciones*, es decir, poderes conferidos en interés ajeno (D10.6) y precisamente en el interés general (D11.38).

Sobre estas bases podemos reformular la compleja relación de la que he hablado a propósito de las personas jurídicas al final del § 7.8, y luego en el § 10.5, entre los sujetos naturales constituyentes, las personas artificiales constituidas, las personas naturales que son los representantes o funcionarios de éstas y aquellas en cuyo interés están constituidas las personas artificiales, las funciones y los funcionarios. Esta relación pentagonal, se dijo entonces, está mediada por el acto constitutivo y al mismo tiempo decisional con el que una parte (*constituyente*) da vida a la otra parte (*constituida*), dictándole sus fines en el estatuto bajo forma de expectativas de la primera y de deberes-poderes correlativos de la segunda, a su vez realizables, en las relaciones con los terceros, por las personas naturales de sus funcionarios (*representantes*). Una sociedad mercantil, por ejemplo, es una persona artificial constituida por los socios fundadores para determinados fines o expectativas de producción y de lucro y organizada a tal fin a través de la atribución a sus órganos y a los respectivos funcionarios de las funciones necesarias. Se comprende que la persona artificial no es otra cosa que el expediente técnico necesario para mediar, a través de la representación orgánica de sus funcionarios, la relación jurídica entre los socios y los terceros con los que la sociedad mercantil entra en relación.

La relación del Estado y de las demás instituciones políticas originarias con sus constituyentes —sean éstos un monarca, una oligarquía o todo el pueblo— tiene la misma estructura. También la persona artificial del Estado está instituida por un acto institutivo, «constituyente» por antonomasia, que a la vez dicta su estatuto o «constitución», diseñando su identidad con la estipulación de las expectativas que está llamada a satisfacer y de los poderes-deberes organizados para tal fin. La única aunque no irrelevante diferencia es que el acto constituyente y la constitución del Estado no siempre son empíricamente identificados con un acto y con un texto normativo históricamente colocados en el origen del ordenamiento. Por el contrario, consisten a veces en una pluralidad de actos y momentos constituyentes que se suelen injertar en procesos históricos de transformación institucional en los que no siempre está claro el carácter reformador o revolucionario y que, en todo caso, a menudo dejan sobrevivir, quizá alterando su significado y provocando su sucesiva invalidación, gran parte de las fuentes normativas preexistentes. Sin embargo, lo que siempre caracteriza al modelo del constitucionalismo democrático moderno es la posibilidad de fijar, en el ordenamiento, el conjunto de las normas de rango constitucional, por ser superiores en grado a todas las demás, y el acto o los actos que las han constituido.

En este modelo la potestad constituyente, que como se ha visto en su momento se agota con el acto constituyente, puede ser bien identificada con aquella situación colectiva que es la soberanía popular. Las expecta-

tivas de los constituyentes, sancionadas en las constituciones como fines o razones sociales del Estado, son a su vez los derechos fundamentales de todos, en los que se fragmenta la soberanía popular y a cuya satisfacción están dirigidos los poderes-deberes en ellos instituidos mediante instituciones de gobierno políticamente representativas e instituciones de garantía independientes de éstas. Toda la fenomenología constitucional de los poderes públicos se articula así en cinco relaciones que, según el esquema ilustrado en vía general en el § 7.8, conectan circular y funcionalmente pueblo e instituciones, sociedad y Estado, gobernantes y gobernados, derechos fundamentales y funciones públicas: *a*) la relación entre pueblo constituyente e instituciones políticas constituidas, titulares el primero de las modalidades constituyentes y luego de las expectativas constituidas (D7.16) como derechos fundamentales y las segundas de las obligaciones y prohibiciones inherentes a los poderes públicos como sus garantías (D11.40); *b*) la relación orgánica entre las instituciones políticas y los órganos en los que se articulan; *c*) la relación jurídicamente representativa entre la persona y/o los órganos del Estado y sus representantes y funcionarios (D10.8), y por tanto entre los fines y las razones sociales de los primeros, que son además las mismas expectativas de los constituyentes constitucionalmente establecidas, y las funciones de la esfera pública reguladas y atribuidas para tales fines (T12.167); *d*) la relación políticamente representativa entre los titulares de las funciones de gobierno y las personas gobernadas, por las que los primeros son elegidos (D12.4); *e*) la relación, en fin, entre funciones públicas y terceros, que son además los mismos sujetos titulares de derechos fundamentales y todavía antes constituyentes de las instituciones y funciones públicas, las cuales reciben contenidos y legitimación de las primeras tres relaciones.

La hipótesis de la «autolegitimación» que, con singular inversión del contractualismo, Georg Jellinek, Vittorio Emanuele Orlando y Santi Romano refirieron al Estado-persona, se refiere así pues a las personas naturales constituyentes, equivaliendo al ejercicio de aquel poder constituyente que por un lado limita su libertad salvaje y por otro lado funda, con el derecho positivo, poderes y derechos constituidos. Estos poderes constituidos y los actos que son su realización pueden ser tanto de derecho público como de derecho privado. En ambos casos, de ellos toma origen una secuencia del tipo ilustrado en el § 6.7. En el primer caso, los actos de autonomía política dan origen, a partir de la elección de los titulares de funciones públicas políticamente representativas, a la secuencia *vertical* formada por la estructura en grados del ordenamiento. En el segundo, los actos de autonomía privada dan origen, a partir de los de adquisición a título originario, como la invención, la ocupación de *res nullius* y el trabajo productivo de bienes, a la secuencia *horizontal* formada por los intercambios, las transmisiones y las sucesiones en las situaciones. Por un lado, pues, a través del ejercicio de aquellos derechos-poder constituidos de derecho público que son los derechos políti-

cos, se desarrolla la *democracia política*, de la que hablaré en la primera parte de este capítulo (§§ 14.3-14.13); por el otro, a través del ejercicio de aquellos derechos-poder constituidos de derecho privado que son los derechos civiles, se desarrolla la *democracia civil*, de la que hablaré en la segunda parte (§§ 14.14-14.21).

14.3. *I. La 'democracia política'. A) La representación política como convención*

El modelo ideal de la democracia política, se ha dicho en el § 13.1, es el autogobierno del pueblo, esto es, la coincidencia entre gobernantes y gobernados. Según su formulación clásica, que se remonta a Jean-Jacques Rousseau y es reproducida por el artículo 6 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, se realiza a través de la ley, identificada con «la expresión de la voluntad general»[3]. Pero es claro que esta imagen no sólo es irreal, como entonces se dijo recordando la crítica de John Stuart Mill, sino que es además irrealizable. Es impensable que *todo* el pueblo decida siempre *sobre todo*, aunque no sea más que porque no existe una voluntad unitaria *de todo* el pueblo. Lo reconoció, contradictoriamente, incluso Rousseau, que sin embargo fue el máximo sostenedor de la democracia directa hasta el punto de oponerse a la misma posibilidad de que «la soberanía» del pueblo y la «voluntad general» puedan ser «representadas»[4]: «Tomando el término en su acepción más rigurosa, jamás ha existido verdadera democracia, y no existiría jamás [...] No puede imaginarse que el pueblo permanezca incesantemente reunido para vacar a los asuntos públicos [...] Si hubiera un pueblo de dioses, se gobernaría democráticamente. Un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres»[5]. Queda el problema de cómo conjugar el principio de la auto-determinación sobre el que se basa la democracia política con el carácter en todo caso heteró-nomo del derecho positivo[6].

La solución de este problema —al ser la democracia directa irrealizable salvo en decisiones concretas y en la forma de *referendos* —en los que sobre todo se expresa la voluntad de la mayoría de los votantes y no ciertamente de todo el pueblo—, exige evidentemente que el principio de autodeterminación sea disciplinado y limitado, tanto en las formas como en la sustancia de las decisiones. La primera norma de reconocimiento de la democracia política es por ello aquel débil subrogado de la democracia directa que es la democracia representativa[7], realizada a través del ejercicio de los derechos políticos de voto en la formación de la representación política (D12.4, D12.22, T12.113). La forma de representación política que más se acerca al modelo ideal de la democracia directa es por lo demás la basada en el mandato imperativo entre elegidos y electores, garantizado por la posibilidad de revocación de los primeros por parte de los segundos[8]. Se trata de una representación que tiene alguna vaga analogía con la representación jurídica (D7.12-

D7.14), aunque es bastante difícil, por no decir imposible, condensar en un preciso *mandat impératif* la voluntad de los electores, o incluso sólo de sus intereses y expectativas, y obligar al representante a satisfacerlos. Como máximo se pueden diseñar sistemas de control que consientan la revocación de los elegidos. Pero se trataría en todo caso, si no son adoptados por comunidades pequeñas o por asociaciones políticas de base, de sistemas demasiado engorrosos, de incierta efectividad y siempre expuestos al peligro de resultar eficaces solamente respecto de intereses de grupo o corporativos.

En las democracias modernas ha sido por eso establecida la representación política sin mandato imperativo y sin posibilidad de revocación de los representantes. «Todo miembro del parlamento representa a la nación y ejerce sus funciones sin mandato imperativo», establece por ejemplo el artículo 67 de la Constitución italiana. Es claro por ello que sólo en sentido metafórico, y en todo caso en un sentido del todo distinto del de la representación jurídica, puede hablarse a este propósito de «representación». No se puede decir, en efecto, ni que la voluntad (aunque sea sólo de la mayoría) de los representantes coincide con la (de la mayoría) de los representados, la refleja o está de algún modo anclada a ella, ni que los representantes son responsables, más que en la lábil forma de la eventual no reelección, respecto de los representados. «La fórmula según la cual el miembro del parlamento no es el representante de sus electores, sino de todo el pueblo, o, como algunos escritores dicen, de todo el Estado» es, en suma, como escribió Kelsen, «una ficción política»[9]. A propósito de «esta ficción», declaró a su vez Carré de Malberg, «se ha hablado de misticismo revolucionario: ¿pero no sería más exacto hablar de mistificación?»[10].

Ciertamente, esta ficción es la mejor regla que se haya pensado nunca para asegurar un fundamento en sentido amplio «democrático» a las funciones de gobierno: porque es la única regla que hace posible el funcionamiento, según el principio de mayoría, de los órganos representativos[11]; porque es la regla que con más aproximación que cualquier otra, hecha excepción de los referendos y de la representación con mandato imperativo, permite, si se acompaña del sufragio universal, que las funciones de gobierno respeten, además del principio de igualdad, la voluntad y los intereses, si no de todo el pueblo, de su mayoría; porque hace posible, a través del juicio electoral, el control popular, la responsabilidad política, aunque sólo sea en la forma de la reelección, y por ello el recambio no traumático de los gobernantes; porque, en fin, solicita, junto a la organización de los electores, su máxima atención y participación política en las funciones de gobierno. Lo importante es que no se caiga en dos peligrosas y recurrentes falacias ideológicas, fuertemente sugestivas para el sentido común, alimentadas por las demagogias populistas y en los orígenes de todas las derivas totalitarias y autoritarias.

La primera de estas falacias es la «ideología política», denunciada por Kelsen, consistente en tomar la ficción por realidad, es decir, en la

«ilusión de que el legislador es el pueblo, a pesar de que, en realidad, la función del pueblo —o, dicho más correctamente, del cuerpo electoral— se encuentra limitada a la creación del órgano legislativo»[12]. Es una ilusión que a su vez es el fruto de una serie de confusiones ideológicas, que serán analizadas más adelante, entre la voluntad de los elegidos y la voluntad de los electores. En realidad, en contraste con la imagen del «cuerpo político» sugerida por Rousseau[13] y con la definición de la ley como «expresión de la voluntad general» contenida en el artículo 6 de la Declaración del 89, no existe una «voluntad general» ni todavía menos una subjetividad política de todo el pueblo. No hay ninguna decisión de los representantes, en todo caso, que sea expresión de la voluntad de los representados: la cual se expresa únicamente en el voto dado a un determinado candidato y/o a una determinada formación política[14].

La segunda falacia, no menos grande y distorsionadora, es la idea, que se remonta también a Rousseau[15], recogida por Kant[16] y criticada por Schumpeter[17], de que la democracia, en cuanto expresión de la voluntad popular, valga por eso sólo para realizar el «bien común». El mentís más trágico de esta segunda ilusión ha venido de los regímenes fascistas que en el siglo pasado, en Italia y en Alemania, conquistaron el poder con medios legales y gozaron de un indudable consenso de masa[18]. Y sin embargo, la «amalgama» entre la noción de democracia, la idea de la voluntad popular y la de interés general y de bien común[19] forma uno de los lugares comunes más enraizados y resistentes de la filosofía y de la opinión corriente.

Debemos en cambio reconocer, en la representación política, nada más que una convención, un *principium iuris*, más idóneo que cualquier otro, si está basado en el sufragio universal, para seleccionar a los sujetos delegados para las funciones de gobierno de acuerdo con el principio de igualdad y, si no propiamente con el de autodeterminación, con el de la máxima atención popular a la actuación de los representantes. Precisamente, según la definición propuesta por la D12.4, esta convención es una norma de competencia que atribuye la representación jurídica de tipo orgánico para funciones públicas a sujetos elegidos a través del ejercicio de los derechos políticos. Más allá de este nexo, por lo demás, la representación política, y tanto más si es sin mandato imperativo, consiste en una relación del todo distinta, como se ha visto en el § 12.5, de la representación jurídica. En la representación jurídica los actos realizados por el representante son imputados también al representado, que es titular de todas las situaciones realizadas por el representante y sigue siendo el *dominus* de la relación. En la representación política, en cambio, no se determina ninguna doble imputación, sino sólo un genérico vínculo de tutela y satisfacción de los intereses representados, tal y como resultan del *pactum associationis* estipulado con la constitución (D12.22, T12.92) y, por otro lado, por el carácter general de los intereses y las expectativas que las funciones públicas tienen la tarea de tutelar (D11.38, D11.36, T11.138-T11.144).

Así pues, se puede hablar de representación jurídica, en el sentido indicado por nuestras definiciones D7.12-D7.14, a propósito de representantes políticos sólo para designar la relación de representación orgánica que mantienen no ya con sus electores, por ellos representados políticamente, sino con las instituciones políticas a las que sus actos se imputan. Ni siquiera en las formas de democracia basadas en el mandato político imperativo podría hablarse de representación en sentido jurídico entre elegidos y electores, al no ser imputables a los segundos ni los poderes, ni los actos, ni los efectos de los actos imputados a los primeros. Eso no impide que los representantes estén sometidos a los vínculos propios de la esfera pública en el ejercicio de las funciones públicas y que, por esta vía, sean responsables en relación con los representados, del mismo modo en que lo son los administradores de una sociedad anónima en relación con la junta general de accionistas por la han sido elegidos[20]. Pero se trata de una responsabilidad política genérica y vaga, que se añade a la propiamente jurídica en relación con la institución representada.

14.4. *La representación política y sus esferas: cinco problemas en materia de representación*

Los problemas filosófico-políticos que se plantean en materia de representación política son muchos y complejos, y se refieren sobre todo a las distintas, posibles *esferas de la democracia política* tal y como resultan de la naturaleza de las funciones y de los sujetos que pueden ser objeto de la representación. Identificaré, sumariamente, cinco de estos problemas.

El primer problema es el de la identificación de las funciones que exigen una legitimación formal de tipo representativo y su distinción de las que en cambio excluyen tal legitimación, al exigir una legitimación sustancial, es decir, relativa a los contenidos de las decisiones. De esta cuestión ya he hablado en los §§ 12.5-12.7, a propósito de la separación de poderes, y volveré sobre ella en los §§ 14.10-14.12: deben ser representativas de la mayoría, a causa de su discrecionalidad política, las funciones de gobierno, incluida la función legislativa, que afectan a la que he llamado la «esfera de lo decidible»; no deben serlo, en cambio, al estar predispuestas como tutela de la «esfera de lo no decidible (que y que no)» y como garantía de los derechos de todos, también contra las posibles violaciones de la mayoría, las funciones de garantía, tanto judiciales como administrativas, vinculadas a la aplicación (o, si se quiere, a la ejecución en sentido estricto) de la ley, aun con los inevitables pero mucho más restringidos espacios de discrecionalidad judicial de los que he hablado en el § 13.14. Discriminar entre las dos esferas de competencia es relativamente sencillo en el plano teórico. Entran en las funciones de gobierno aquellas para cuyo ejercicio válido se exige sólo el *respeto* de las (es decir, la simple coherencia de sus contenidos prescriptivos con

las) normas sustantivas sobre su producción (D12.11, T9.261, T9.265). Entran en cambio entre las funciones de garantía aquellas cuyo ejercicio válido está condicionado a la mucho más rígida *aplicación sustancial* de las normas sustantivas sobre su producción (es decir, a la subsunción en ellas, o a la correspondencia de sus contenidos prescriptivos con ellas) (D12.12, T9.260, T9.264)[21].

El segundo problema es el de las dimensiones de la base o cuerpo electoral. Una vez establecidas las esferas de competencia de la representación, ¿quiénes son los representantes? ¿Cuál es el cuerpo electoral legitimado para decidir? En otras palabras, ¿cómo se determina la unidad política de base? Tradicionalmente, el criterio prevaleciente de determinación de la base electoral ha sido el territorial, identificándose con los confines del Estado o de la región o municipio y por ello con los confines estatales, regionales o municipales de la ciudadanía política. Pero tales confines, comenzando por los estatales, corresponden cada vez menos a los ámbitos de acción, a veces globales, de los grandes poderes transnacionales, tanto públicos como privados. Por otro lado, la estipulación de los confines en los distintos niveles ha sido siempre convencional. ¿Cuál es su fundamento axiológico? En el caso de los confines territoriales de las instituciones políticas suele estar constituido por las tradiciones históricas, lingüísticas y culturales, más o menos claramente identificables y pacíficamente compartidas, de los distintos «pueblos» o «naciones». Pero ciertamente no puede decirse lo mismo de los confines, habitualmente mucho más arbitrarios, de los colegios electorales formados para la elección de un mismo órgano representativo: los cuales determinan efectos igualmente arbitrarios sobre la representación tanto más graves si el método electoral adoptado es el mayoritario.

Se plantea luego un tercer problema, que afecta al objeto de la representación en los distintos niveles de la democracia. ¿En qué niveles está justificado que los distintos tipos de decisión sean objeto de representación? ¿Quién decide tal cosa? ¿Cuáles son los criterios conforme a los cuales algunas funciones y competencias son (o es justo que sean) de nivel municipal, otras de nivel regional, otras de nivel estatal y otras todavía de nivel supraestatal? ¿Y cuáles deben ser las relaciones entre los distintos niveles de poder? Las respuestas a estas preguntas dependen obviamente de la naturaleza de las decisiones. Por ejemplo, la gestión de un jardín público o de un hospital, o incluso simplemente su control, es impensable que puedan producirse a nivel estatal o macro-regional y exigen una administración lo más local posible. Por el contrario, la garantía de la paz, la reducción del efecto invernadero sobre el planeta, la contaminación atmosférica, el agujero de ozono o la lucha contra la criminalidad internacional son cuestiones que sólo pueden ser afrontadas seriamente a nivel mundial, en el sentido de que o se afrontan a ese nivel o no se afrontan en absoluto. Naturalmente, no es posible trazar en abstracto criterios seguros de distinción. Ayudan sin embargo los dos principios formulados en el § 12.5 y sobre los que volveré más adelante:

el principio de la división del poder, informado como veremos más adelante por la subsidiariedad del nivel superior respecto del nivel inferior, y el principio de la separación de poderes, conforme al cual, mientras que las funciones de gobierno, relativas a la esfera de lo decidible, son tanto más representativas y por ello legítimas cuanto más locales son, las de garantía, vinculadas a lo que debe ser o no ser decidido independientemente de las opciones de gobierno, son tanto más garantistas y por tanto legítimas cuanto más universales y supranacionales son.

El cuarto problema se refiere a los sujetos individualmente representativos. La democracia política, se ha dicho, se basa en el reconocimiento de los derechos políticos y en su progresiva universalización, hasta su extensión, en las formas modernas del «sufragio universal», a todos los ciudadanos capaces de obrar. ¿Pero quiénes son los ciudadanos capaces de obrar políticamente? El sufragio universal, y por tanto la democracia política propiamente dicha, basada en la igualdad en los derechos políticos, han sido una conquista del siglo XX. Durante todo el siglo XIX el derecho de voto ha estado siempre sometido, en el viejo estado liberal, a distintas limitaciones de tipo clasista, sexista y censitario: reconocido sólo en pocos países a todos los ciudadanos de sexo masculino[22] y siempre, hasta el siglo XX, negado a las mujeres[23]. Y esta desigualdad política recibió el aval de todo el pensamiento liberal clásico, incluso del más avanzado[24]. Hoy este problema está resuelto, aunque permanecen inadmisibles *capitis diminutiones* para algunas categorías de ciudadanos, como por ejemplo los condenados a cadena perpetua o a reclusión por tiempo superior a una determinada duración[25].

Sin embargo, la misma pregunta —«¿quiénes son los ciudadanos?»— vuelve a proponerse con un significado distinto. Hasta tiempos recientes, los ciudadanos se identificaban de hecho con los residentes en el territorio gobernado por sus representantes. La ciudadanía constituía por ello, sin problemas, la base de la democracia política como expresión de los derechos políticos de todos al autogobierno: tengo derecho de voto en el país del que soy ciudadano porque éste y no otro es el país en el que vivo y de cuyas instituciones dependen mis espacios de libertad y de autonomía y la garantía de mis derechos fundamentales. Pero este nexo entre ciudadanía y derechos políticos decae en el momento en que, como consecuencia de emigraciones e inmigraciones, la ciudadanía se disocia de la residencia. De ello se sigue que los derechos políticos, si se quiere que sean el medio, incluso indirecto, de la autonomía política o del autogobierno, deben ser desnacionalizados, es decir, concedidos a todos los que son destinatarios del gobierno: a los residentes más bien que a los ciudadanos que viven en el exterior, a los inmigrados antes que a los emigrados; en una palabra, *iure loci* y no *iure sanguinis*, es decir, conforme a una ciudadanía anclada por la ley no tanto al nacimiento o a la ciudadanía de los padres sino a la estabilidad de la residencia[26]. Es además evidente que si un ciudadano no obtiene el derecho de voto en el país al que ha emigrado, quiere decir que no ha sido acogido e integrado

en él y que es, por tanto, justo que conserve ese mismo derecho en su país de origen, siendo admisible que tenga, como a menudo ocurre, dos ciudadanías con sus correspondientes derechos de voto, pero no ciertamente que no tenga ningún derecho de voto.

Hay, en fin, un quinto problema, quizá el más grave de todos, dado que pone en crisis más que ningún otro la representación política, y que afrontaré en el último capítulo: un problema generado por la crisis del Estado nacional y por la creciente interdependencia de los pueblos. A causa de estos dos fenómenos, las decisiones que cuentan, en la actual época de la globalización, son cada vez más de nivel supranacional. Al ser tomadas estas decisiones fuera de los confines estatales y sin someterse al principio de legalidad, han decaído por tanto —junto al nexo entre Estado y democracia y entre Estado y estado de derecho— la relación representativa entre gobernantes y gobernados y la sujeción a la ley de todos los poderes: en dos palabras, las dos condiciones que forman los rasgos esenciales de la democracia representativa y del estado de derecho. Refundar estas relaciones y con ellas todo el paradigma de la democracia constitucional en el nivel de los nuevos poderes y las nuevas sedes decisionales es hoy el problema central —como se verá en el capítulo XVI— de la democracia.

14.5. *Cuatro falacias en la concepción de la representación política. La idea del jefe*

La representación política, más allá de los límites y los problemas estructurales ahora indicados, atraviesa hoy una crisis profunda en todos los países democráticos. El principal factor de crisis está constituido por la pérdida de enraizamiento y de representatividad social de los partidos políticos, que por más de un siglo han sido, en casi todas las democracias occidentales, los principales instrumentos de organización y de mediación de la representación política. En Italia esta pérdida ha sido a su vez provocada, desde los años ochenta del siglo pasado, por la creciente separación de los partidos de sus bases sociales: por su progresiva integración en las instituciones públicas hasta confundirse con ellas, vaciarlas y desapoderarlas; por su transformación de asociaciones diseminadas por el territorio y radicadas en la sociedad en vagos y genéricos partidos de opinión; por su pérdida de capacidad de proyección política y de compromiso y agregación social; por su sordera, su desinterés y en ocasiones su hostilidad a los movimientos sociales y a las solicitaciones externas; por el consiguiente menoscabo de su papel de lugares de agregación colectiva y de participación popular en la formación de los programas y las opciones políticas; por el cambio producido en las formas de comunicación política, cada vez menos basadas en la información, en el debate de base y en la confrontación directa entre representantes y representados y cada vez más confiadas a las audiencias de televisión.

En esta crisis de los partidos de masa se han injertado además dos fenómenos degenerativos que minan las raíces de la representación política, mistificando su naturaleza y confiriéndole rasgos holistas y tendencialmente autoritarios: en primer lugar, la verticalización y la personalización de la representación en el jefe del Estado o del gobierno que se ha producido en todas las democracias occidentales, de los Estados Unidos a Italia, de Gran Bretaña a Francia, de España a los países de América Latina; en segundo lugar, la relación cada vez más estrecha y vinculante, de la que hablaré en el próximo parágrafo, desarrollada entre intereses privados e intereses públicos, entre poderes económicos y poderes políticos, hasta las formas extremas y patológicas del llamado «conflicto de intereses».

El primero de estos fenómenos, favorecido por la difusión del modelo presidencialista o de sistemas electorales de tipo mayoritario, viene acompañado por un refuerzo de los ejecutivos y una correlativa desautorización de los parlamentos. De ahí resulta secundada, en el sentido común y en el espíritu público, una deformación de las nociones mismas de representación y de democracia política. Según esta deformación, conectada a la primera de las dos falacias ilustradas en el § 14.3, las decisiones de la mayoría de gobierno, además de la del jefe de la mayoría y del ejecutivo, reflejarían la voluntad de la mayoría de los electores más allá de las mediaciones parlamentarias entre los diversos intereses representados. En cuanto legitimado por las elecciones y, por ello, por la soberanía popular —éste es el paso ulterior sugerido por esta concepción populista y organicista de la representación—, el jefe de la mayoría se identificaría con el representante orgánico del pueblo o, si se prefiere, de la nación: en dos palabras, con la máxima expresión de la democracia.

Esta ideología que sacraliza al jefe de la mayoría parlamentaria o al presidente elegido por el pueblo como representante orgánico de la mayoría del electorado o, peor, de todo el pueblo, tiene un significado plebiscitario y virtualmente totalitario. No existe, en realidad, una voluntad unitaria del pueblo, y ni siquiera de la mayoría de los ciudadanos. La llamada «voluntad general», mucho más que no representable como afirmó Rousseau, es que no existe. Existen solamente las voluntades de cuotas más o menos amplias y a veces mayoritarias del cuerpo electoral que se expresan en la votación de un candidato, de un partido o de una coalición de partidos, o bien, con ocasión de un referéndum, en las respuestas dadas a las cuestiones consultadas. Ya he recordado la tesis de Kelsen según la cual la idea de que los elegidos representan la voluntad popular es una «ficción política» que no debe ser confundida con la realidad so pena de su degradación a «ideología». Todavía más ideológica y mistificadora es la personificación del presidente elegido por el pueblo como expresión de la unidad nacional, intérprete o representante unitario de todo el pueblo. Ésta es el fruto de una ulterior confusión: la más grave de todas, entre el jefe de la mayoría y la mayoría misma o, peor, todo el pueblo.

Son, así pues, cuatro las falacias ideológicas que están detrás de esta concepción de la representación y que ahora conviene recapitular. La primera es la idea de que la voluntad del representante se identifique con, o al menos refleje, la voluntad unitaria —que no existe— de sus electores. La segunda es la idea de que la voluntad de la mayoría de los representantes corresponda a, o refleje, la voluntad unitaria —que tampoco existe— de la mayoría de los representados. La tercera es la idea de que la voluntad de la mayoría de los elegidos sirva para expresar la voluntad unitaria —que existe todavía menos— de todo el pueblo. En fin, la cuarta falacia, ciertamente la más insidiosa y la más típica del imaginario populista, es la idea de que el jefe de la mayoría se identifique con la mayoría misma y, a su través, con todo el pueblo, del que sería la expresión orgánica y una especie de encarnación. De ella es un corolario la tesis de que la mejor forma de democracia representativa es la presidencial, conforme a la personificación del presidente elegido por el pueblo como expresión y a la vez garante de la unidad nacional, en condiciones incluso de equilibrar las tendencias centrífugas generadas por las opciones federalistas.

Es en cambio evidente que un órgano monocrático, por su naturaleza, no puede representar al igual que un parlamento a la pluralidad de las fuerzas y los intereses en conflicto en la sociedad, sino todo lo más a la parte vencedora en las elecciones. «Pero es ideología, en lugar de realidad», escribió Kelsen en polémica con Carl Schmitt, que en el «presidente del *Reich* plebiscitario» veía un poder «neutral» expresivo de la «totalidad estatal» y de la «unidad del pueblo como totalidad política»[27], «querer ver en la institución del jefe de Estado no sólo un símbolo ético-político *postulado* por la unidad del Estado, sino el producto o el generador *real* de dicha unidad, en el sentido de una *efectiva solidaridad de intereses*». «En una versión aparentemente democrática», añadió, «la formulación de esta ficción sería: el pueblo que conforma el Estado es un todo colectivo homogéneo que tiene, por lo tanto, un interés colectivo unitario y que se expresa en la voluntad colectiva unitaria. Esta voluntad colectiva que se sitúa más allá de todos los antagonismos de intereses y, con ello, sobre los partidos políticos —'verdadera' voluntad del Estado— no es generada por el parlamento; éste es el escenario de la contraposición de intereses, de la atomización [...] político-partidaria. El generador de esa voluntad es el jefe del Estado». Pues bien, concluye Kelsen, «el carácter ideológico de esta interpretación es manifiesto», dado que tal «voluntad colectiva» no existe y que su asunción sirve sólo para «ocultar la contraposición radical y real de intereses existentes, que se dan en el hecho de los partidos políticos y en el hecho, aún más significativo y subyacente, de las clases sociales»[28].

Esta corrupción del imaginario colectivo en torno a la democracia viene favorecida por el método electoral uninominal o en todo caso mayoritario y, más todavía, por el método presidencialista. En realidad, es evidente que la democracia parlamentaria, sobre todo si está basada en

el método proporcional, al favorecer el desarrollo de los partidos y, por este medio, la representatividad de intereses sociales y de opciones políticas distintas y en conflicto, constituye el antídoto más seguro contra las falacias ideológicas arriba indicadas y, consiguientemente, contra las involuciones monocráticas de la representación política, aquí ilustradas. Por el contrario, el método mayoritario y el sistema presidencial favorecen inevitablemente la autolegitimación de la parte vencedora como expresión de la soberanía popular y sus infalibles corolarios populistas: la deslegitimación de los partidos, la idea de que el consenso popular legitime cualquier abuso, la personalización del liderazgo, la descalificación de las reglas y los límites al poder de la mayoría, de la división de poderes y de la separación y la independencia entre las funciones de gobierno y las de garantía, el rechazo en fin de ese sistema de mediaciones, vínculos, controles, contrapesos y equilibrios de los poderes que forman la sustancia de la democracia constitucional. Por lo demás, se ha visto, la concepción formal y procedimental de la democracia como «poder del pueblo» es un lugar común ampliamente presente y fuertemente enraizado en la filosofía política y en el sentido común. Es una concepción, podemos afirmar ahora, destinada a degenerar en la idea de la omnipotencia de la mayoría personificada por un ejecutivo fuerte o, peor todavía, por un líder como representante directo y auténtico del pueblo soberano apenas se enlace con la deformación aquí ilustrada de la representación en sentido organicista y plebiscitario.

Esta idea es claramente la negación del paradigma de la democracia constitucional. Se trata de la versión actual, en términos parademocráticos, de una idea viejísima en la historia del pensamiento político: la idea, de la que se ha hablado en el § 13.8, del *gobierno de los hombres* mejores, contrapuesta al *gobierno de las leyes* y criticada ya por Platón y Aristóteles[29]. «¿Qué es, sin embargo, una mayoría tomada colectivamente», escribió Tocqueville, «sino un individuo que tiene opiniones y muy a menudo intereses contradictorios a los de otro individuo que se llama la minoría? Ahora bien, si se admite que un hombre revestido de la omnipotencia puede abusar de ella contra sus adversarios, ¿por qué no se admite lo mismo de una mayoría»[30], tanto más si ésta se asume como representada y encarnada por un líder[31]? Hay un pasaje muy bello de Kelsen contra esta tentación del gobierno de los hombres que siempre se vuelve a proponer en los momentos de crisis: «El ideal de la democracia envuelve la ausencia de dirigentes. De las entrañas de su espíritu provienen las palabras que Platón pone en boca de Sócrates en su *Estado [República]* (III, 9), al preguntarle cómo se trataría a un hombre de cualidades excelsas, a un genio en un Estado ideal: 'Le veneraríamos como a un ser divino, maravilloso y digno de ser amado; pero, después de haberle advertido que en nuestro Estado no existía ni podía existir un hombre así, ungiéndole con óleo y adornándole con una corona de flores, le acompañaríamos a la frontera'»[32].

Esta omnipotencia de la mayoría, o peor, de su jefe, se convierte en

todavía más peligrosa para el futuro de la democracia si se acompaña con la paralela ausencia de límites y controles sobre la autonomía empresarial reivindicada por la actual ideología neoliberal. Hablaré mas adelante, a propósito de la que he denominado la «democracia civil», de esta congénita intolerancia hacia las reglas por parte de los poderes económicos privados. Aquí interesa poner de relieve que ella, en tanto en cuanto se atenúa la separación entre esfera pública y esfera privada, retroactúa sobre la democracia política, añadiéndose, en una relación que como veremos en el próximo parágrafo es de perversa sinergia, a la intransigencia hacia las reglas que es propia de todas las derivas plebiscitarias. Rechazo de los límites y falta de sentido del límite parecen en efecto los dos rasgos en común a los procesos involutivos tanto de los poderes políticos de gobierno como de los poderes económicos del mercado y a las dos ideologías que los apuntalan: por un lado, la idea populista de la representación que concibe la democracia *ex parte principis* como omnipotencia de la mayoría y, *ex parte populi*, como adhesión pasiva a su jefe carismático; por otro, la idea del mercado como regla fundamental y exclusiva de las relaciones civiles, que concibe la autonomía como libertad y la identifica esencialmente con la ausencia de límites a los poderes empresariales.

14.6. *La actual disolución de la representación política. El conflicto de intereses: de la mercantilización a la privatización de la esfera pública*

Paso así al segundo fenómeno, todavía más grave, que he indicado arriba como responsable de la crisis de la representación política: la relación perversa que se ha venido estableciendo entre dinero y política: dinero para hacer política, política para hacer dinero. A causa de este entrecruzamiento, los dos absolutismos de los que acabo de hablar, el de la política y el del mercado, tienden a converger. Por un lado, el dinero es cada vez más necesario para financiar la política y el acceso a la comunicación pública, con el efecto de deformar en sentido antirrepresentativo la democracia política; por el otro, la política condiciona potencialmente a la economía, con el efecto de deformar en sentido anticompetencial la democracia civil[33].

De ello se ha seguido, en todas las democracias occidentales, una expansión patológica de la ilegalidad de la vida pública que ha involucrado, además de a los partidos, a la Administración Pública, al mundo empresarial y, a la vez, a amplias capas de la población ligadas por relaciones clientelares al mundo de la política y diversamente partícipes, por connivencia o con resignación, de la política de la corrupción. Se comprende cómo este ilegalismo difuso, además de desacreditar la representación, constituye un factor de grave distorsión tanto de la esfera pública como de la económica. El sistema de la corrupción, en efecto, equivale a una duplicación oculta de las instituciones públicas, casi a un infra-

Estado clandestino, dotado de códigos propios y tributos, en contraste con todos los principios del estado de derecho y de la democracia: del principio de legalidad a los de publicidad, transparencia, representatividad y responsabilidad política de los poderes públicos, hasta las reglas de la competencia en las que se basa la economía de mercado. Y señala un problema común a todos los ordenamientos avanzados: la creciente anomia de todos los poderes, generada por la expansión de los aparatos burocráticos y de sus espacios de discrecionalidad, por la inflación del derecho acompañada de la reducción de su capacidad regulativa, por la inadecuación de sus técnicas de garantía respecto de la red cada vez más compleja de las funciones públicas, por la tendencia en fin de todos los poderes, tanto políticos como económicos, a liberarse de los controles jurídicos y a distribuirse en sedes invisibles y extralegales. Crisis de la democracia política y del estado de derecho, bajo este aspecto, son las dos caras de la misma moneda, al ser el efecto, una y otra, de la creciente divergencia entre sedes formales y sedes reales, tendencialmente ilegales y ocultas, de los poderes públicos.

Cualquier fenómeno de corrupción de las funciones públicas, incluso el de los grupos de presión que de distintas maneras condicionan su ejercicio, se resuelve en realidad en una forma, aunque sea contingente, de conflicto de intereses, es decir, de mercantilización de la política y de subordinación de los intereses públicos a los intereses privados del corrupto y del corruptor[34]. Pero el conflicto de intereses se convierte en un fenómeno estructural, que compromete radicalmente la representación, cuando los intereses privados, a causa de la atribución de su titularidad a quien es portador de funciones públicas, vienen a confundirse y a superponerse institucionalmente a los públicos. Es lo que ha ocurrido en Italia a raíz de la crisis política que siguió, al comienzo de los años noventa, al descubrimiento de la corrupción de buena parte del estamento político: desaparecidos los viejos partidos de gobierno, arrollados por las investigaciones judiciales y por la consiguiente reacción de rechazo, han salido a la luz los centros de poder y los densos intereses que los respaldaban, reorganizándose por su cuenta y proponiéndose directamente, sin más mediaciones políticas, como fuerzas de gobierno. El *conflicto institucional de intereses* que ha resultado de ello es mucho más que una subordinación contingente de los intereses públicos a los intereses de un particular o de una simple y ocasional desviación de las funciones públicas. Es un fenómeno patológico que afecta a los fundamentos, como *cuestión constitucional*, a los presupuestos mismos de la democracia política y del estado de derecho[35]. Más allá del consenso electoral tributado al sujeto del conflicto, la primacía de los intereses de un particular sobre los intereses públicos que virtualmente se sigue de ello sirve en realidad para disolver la representación: en los dos significados, el jurídico y el político, del concepto de «representación».

Ante todo, como se ha visto en los §§ 7.7, 10.3 y 10.4, con ello resulta excluida la *representación jurídica* o *legal*, es decir, la relación

de representación orgánica de los titulares de funciones públicas con el Estado o las demás instituciones políticas por ellos jurídicamente representadas. En efecto, este tipo de representación no admite conflictos de intereses entre representantes y representados en el ejercicio de cualquier función representativa, tanto privada como pública, y excluye como abuso cualquier interés privado en actos oficiales (D7.12-D7.14, T7.74-T7.75, T10.56, T10.78-79). Éste es, por lo demás, un principio establecido en todos los ordenamientos desarrollados. Recuérdese, en el derecho italiano, la punibilidad del funcionario público que «asume un interés privado en cualquier acto de la Administración Pública» (art. 324 del Código Penal) y la anulabilidad de los actos, la obligación de abstención y la responsabilidad por daños que también en el ámbito privado incumben a cualquier representante o administrador en caso de conflicto de intereses con el representado o con el ente del que es órgano (arts. 1395 y 2391 del Código Civil)[36].

Pero es también la *representación política*, como se ha visto en el § 12.5, la que más allá del consenso mayoritario resulta comprometida por el conflicto institucional de intereses. Pues la representación es «política» si y sólo si es representación de los intereses públicos y generales —éste es el sentido de la referencia a la «Nación» contenida en el artículo 67 de la Constitución italiana—, mientras que deja de serlo si se degrada a representación de los intereses privados y personales del líder o si en cualquier caso está orientada y condicionada por estos intereses (D12.4, D11.38, T11.142-144, T11.129)[37]. Este vaciamiento de la representación política es el efecto más grave del conflicto institucional de intereses, extrañamente dejado de lado en el debate político y en la reflexión teórica. Un conflicto semejante mina en sus raíces a la democracia representativa, además de al estado de derecho, dado que incide en aquella separación entre esfera pública y esfera privada (T11.135), entre Estado y sociedad, entre poderes económicos y poderes políticos, sobre cuya base, como se ha dicho al comienzo de este capítulo, nació el Estado moderno como estado político-representativo.

Se trata de un salto cualitativo respecto de la relación corrupta entre las dos esferas, la pública y la privada, que en cualquier sistema de relaciones ilícitas entre política y economía contamina tanto a la una como a la otra. Aun cuando sea corrupta, esta relación se basa siempre en la distinción entre las dos esferas. Con el conflicto institucional de intereses las dos esferas se confunden y se concentran en un mismo sujeto: el poder económico beneficiario de las prestaciones públicas se convierte él mismo, sin más mediaciones representativas, en poder político, por añadidura incorruptible puesto que en ese punto la corrupción se hace superflua. Pero precisamente por esto el poder político pierde ese carácter «representativo», en sentido político además de jurídico, que también viene por él reivindicado, por añadidura con los rasgos organicistas ya recordados, como fuente primaria e incluso exclusiva de legitimación.

Esta confusión entre poder político y poder económico equivale en suma a un cambio de la forma de Estado, mucho más que de la forma de gobierno, que atenta contra una separación todavía más fundamental que la clásica separación intraestatal de los poderes públicos: la separación entre poderes privados y poderes públicos, entre sociedad civil e instituciones políticas, que está en el origen de la civilización jurídica moderna y forma parte del constitucionalismo profundo tanto del estado de derecho como de la democracia representativa. De las colusiones ocultas entre intereses públicos e intereses privados puestas en práctica por la corrupción tradicional, se pasa así a su confusión institucionalizada y a la abierta subordinación de los primeros a los segundos: en dos palabras, de la mercantilización de la esfera pública a su directa apropiación privada. De ello resulta una regresión, premoderna y preliberal, a la confusión entre propiedad y soberanía propia del *estado patrimonial*, agravada por el hecho de que la actual confusión se aprovecha de la acción conjunta de dos poderosos factores de legitimación: la concepción puramente política de la democracia como voluntad omnipotente de la mayoría y la idea neoliberal de la falta de límites a los poderes de la empresa.

La subordinación de los intereses públicos a los intereses privados de los gobernantes se revela así como una consecuencia relativamente secundaria de esta mutación, consistente en realidad en la inversión de la relación entre política y economía, la primera no ya supraordenada sino subordinada a la segunda, y, por otro lado, entre política y derecho, la primera ya no sujeta al segundo, del que pretende en cambio liberarse. En Italia, la política, despreciada como indebido estorbo mientras desarrolló un papel de gobierno de la economía, en realidad se ha rehabilitado y hasta sacralizado, en oposición a las instituciones públicas de garantía y al poder judicial en primer lugar, cuando el poder económico, consistente generalmente en la máxima concentración de los medios de información, se ha confundido con el poder de gobierno en una misma persona. La representación política —sometida a la doble deformación de su directa identificación con la voluntad popular y de los conflictos de intereses— resulta así vaciada e invertida: mistificada en el plano ideológico como expresión orgánica del pueblo soberano, acaba de hecho disuelta, en el plano empírico, por su anclaje directo a los intereses personales de los representantes y de sus jefes.

14.7. A) *Las garantías de los derechos políticos. Sistema mayoritario y sistema proporcional. La democracia parlamentaria. Una Cámara, cien representantes*

Sería ilusorio pensar que semejante crisis de la democracia representativa pueda ser reparada, e incluso sólo afrontada, por el derecho y sus técnicas de garantía. Se pueden individualizar, sin embargo, dos órdenes de

remedios idóneos al menos para reducir sus aspectos más destructivos. El primero, del que hablaré en este parágrafo, se refiere a los métodos electorales de formación de la representación aptos para garantizar la igualdad efectiva en los derechos políticos y la máxima representatividad y responsabilización de los elegidos. El segundo, del que hablaré en el próximo parágrafo, se refiere a los límites y vínculos impuestos a tales métodos con el fin de garantizar la no colusión de los representantes con intereses privados, la transparencia de su actuación y por ello, de nuevo, la máxima efectividad de la representación y de la responsabilidad política.

Las primeras garantías de los derechos políticos provienen de la forma de gobierno y del sistema electoral adoptados. «En la democracia», escribió Montesquieu, el pueblo «a través del sufragio, que es expresión de su voluntad, será monarca puesto que la voluntad del soberano es el mismo soberano. Las leyes que establecen el derecho al voto son, pues, fundamentales en este Gobierno»[38]. Las leyes valen en realidad para identificar, a través del sufragio universal y el método electoral, las técnicas de selección de los representantes del pueblo. La elección de fondo es entre dos métodos opuestos, cada uno de los cuales admite múltiples variantes: *a*) el método proporcional, que para cada lista de candidatos garantiza la elección de un número de representantes precisamente proporcional al de los votos por ella recibidos en el territorio sometido a las funciones del órgano elegido; *b*) el método mayoritario, que en la más clásica de sus versiones —la del sistema uninominal— comporta la elección en cada una de las circunscripciones en las que se divide tal territorio del candidato que ha recibido en ella el mayor número de votos.

Ya he ilustrado las muchas falacias ideológicas favorecidas por el modelo de representación que se realiza con el sistema mayoritario y más todavía con el presidencialismo, aparte de los peligros para la democracia que provienen de cualquier centralidad representativa asociada a la figura del jefe. Añado ahora que tanto el sistema electoral uninominal como el gobierno presidencial —al comportar ambos la elección de una sola persona, por parte en el primer caso de cada colegio electoral y en el segundo de todo el electorado— comprometen el igual valor del voto y por ello la igual representación de todos los votantes[39]. Los votos de minoría, en efecto, resultan en estos sistemas carentes de toda relevancia. Contrariamente a la ideología holista y organicista que, como se ha visto, los configura como representantes de todo el pueblo, ni el diputado elegido en un colegio uninominal ni el presidente elegido representan a los ciudadanos que han votado por otro candidato. Éstos, simplemente, no tienen ninguna representación.

Si, así pues, queremos que se garantice la igualdad de los ciudadanos en los derechos políticos de voto y que para ello las elecciones políticas realicen su función, que es esencialmente la de producir instituciones representativas no sólo de mayorías más o menos ficticias sino de todo el electorado, debemos reconocer que el sistema más eficaz para tal fin

es el parlamentario basado en el método proporcional. Sólo un método proporcional puro, capaz de utilizar todos los votos válidos, garantiza en realidad la igualdad electoral de los ciudadanos, que además equivale a su igualdad política. Conforme a tal método, además —al ser elegidos los representantes en un solo colegio electoral o bien en varios colegios salvo el ulterior reparto de restos en sede nacional—, el número de los elegidos en cada partido resulta proporcional al número de votos obtenido por ellos. Por esto, como escribió Kelsen, «el sistema de la representación proporcional es la aproximación más grande posible al ideal de la autodeterminación dentro de una democracia representativa y, por tanto, el más democrático de los sistemas electorales»[40].

Pero hay una tercera razón que hace al método proporcional más idóneo que ningún otro para asegurar la representación política. Este método es el que mejor permite reflejar y reproducir el pluralismo de las opiniones políticas, la heterogeneidad de los intereses y los conflictos de clase que atraviesan al electorado: en pocas palabras, la complejidad de la sociedad, cuyo reconocimiento y cuyo respeto forman los presupuestos elementales de la democracia política. Por eso no sólo favorece la organización social de los electores en partidos políticos, indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa[41], sino que es además una condición necesaria para que los partidos establezcan una relación representativa con la sociedad, convirtiéndose en intérpretes y por así decirlo en órganos de su base social e instrumentos de participación de los ciudadanos en la vida política. No hay que olvidar que el sistema mayoritario uninominal nació en Inglaterra, junto al régimen parlamentario, cuando no existían los partidos políticos y no tenía sentido hablar de proporcionalidad de la representación. Es claro que, en ausencia de partidos, el único método electoral posible es el uninominal, en razón del cual la relación de confianza y de responsabilidad que se establece entre electores y elegidos es directa y no existe la posibilidad de redistribuir los restos. Pero es igualmente claro que este método pierde cualquier justificación en los sistemas políticos de base partidista, como lo son todos los actuales ordenamientos democráticos. En estos casos no sólo no garantiza la igualdad del voto y la mayor representatividad posible de las instituciones de gobierno, sino que produce una paradójica distorsión de la dialéctica política.

La paradoja consiste en el hecho de que precisamente este modelo, que en los orígenes del parlamentarismo servía para expresar una representación no política sino territorial, constituye hoy, en un sistema basado en los partidos, el más grave factor de radicalización política y de personalización competitiva de las campañas electorales. ¿Cuál era, en efecto, la función originaría de la elección de un solo candidato por cada colegio? La de asegurar —en los orígenes del Estado moderno, en tiempos de escasa y precaria unidad nacional— un representante de cada condado, *Land* o circunscripción. Lo que era tutelado y pretendido por el sistema uninominal era en suma, mucho más que la representatividad

política, la responsabilidad local. Bajo este aspecto debemos reconocer que el método mayoritario, en su forma uninominal clásica en vigor desde siempre en Inglaterra, es un pecio premoderno; no de otro modo, por lo demás, que la institución del presidente elegido por el pueblo, que es un residuo del principio monárquico afirmado, en los Estados Unidos y luego en las diversas repúblicas presidenciales, como un sustitutivo de la figura del rey.

Debemos entonces preguntarnos cuáles son los efectos de tal criterio mayoritario de selección de la representación, convertida en «política» y por tanto en general, una vez que viene organizada y mediada por los partidos a nivel nacional. Su efecto principal es que las fuerzas políticas son inducidas a coaligarse, tendencialmente en dos formaciones contrapuestas, para que en cada colegio se elija a su propio candidato. Pero es precisamente esto lo que produce las más graves distorsiones de la dialéctica política y señala una cuarta razón de la coesencialidad del método proporcional con la democracia representativa.

La primera distorsión, ya señalada, es la que coloca al sistema mayoritario en paradójico contraste con el principio de mayoría: la victoria de una formación depende en realidad de la capacidad de coalición, la cual puede alcanzarse incluso con la mera mayoría relativa, que equivale en realidad a una minoría. Un segundo orden de distorsiones consiste en la división ficticia del sistema político en dos polos contrapuestos. El método mayoritario constriñe en realidad a coaliciones o alianzas artificiosas, que violentan la complejidad social forzando al electorado a alinearse con una de las dos partes en conflicto y transformando las elecciones en una partida, en la que se vence incluso por un solo punto. Un manojo de votos inciertos, predominantemente despolitizados y más expuestos que los demás al condicionamiento de la propaganda, decide en realidad el resultado de la competición, con un altísimo grado de azar. De aquí una tercera distorsión: el método proporcional excluye el compromiso a nivel social, desplazándolo al nivel político y, por ello, a la transparencia de la confrontación parlamentaria; el método mayoritario, al constreñir a las fuerzas políticas a coaligarse en formaciones contrapuestas, impone en cambio el compromiso a nivel social, oscureciendo las diferencias de las opciones políticas y de los intereses representados, convirtiendo a las representaciones políticas en rígidas cuotas análogas a las de los accionistas de una sociedad anónima y congelando no sólo el compromiso sino incluso la confrontación y la mediación parlamentaria[42].

De ahí se sigue un cuarto orden de distorsiones que afectan directamente a la representatividad política de los órganos electivos. En el sistema proporcional cada partido representa a su propia base social, caracterizada por intereses específicos, y propone a los electores sus programas sin entrar en una verdadera competición con los partidos que presentan programas distintos. Sólo si los programas de dos partidos son efectivamente similares se produciría una coincidencia entre ellos, que por lo demás podría ser evitada, en interés de ambos, por su natural

fusión o coalición. Con el método mayoritario ocurre, en cambio, exactamente lo contrario: las fuerzas menores están constreñidas a adherirse a programas no siempre compartidos y a reducir por ello su papel de representación, adquiriendo en compensación un poder de presión que por lo demás es simétrico y opuesto al ejercido sobre ellas por las fuerzas mayores. Las dos formaciones, además, están obligadas, debido a la competición por la conquista del voto moderado, a una homologación forzada de sus programas y por ello a contender y a la vez a asemejarse: a contender aun cuando —o más bien, cuanto más— similares; a asemejarse aun cuando —o más bien, cuanto más— en conflicto[43]. Se obtiene así la máxima litigiosidad del sistema político junto a su máxima homologación, bajo la enseña de un moderantismo vacío y de una general ambigüedad y genericidad programática. Añádase un debilitamiento general de todas las garantías constitucionales, producto de la más fácil pero ficticia consecución de las mayorías, tanto ordinarias como cualificadas, exigidas para todas las actividades parlamentarias: desde la aprobación de las leyes hasta la revisión de la Constitución y el nombramiento de los miembros de las instituciones de garantía.

El principal argumento que se suele aducir en apoyo del sistema mayoritario, como por lo demás en favor del presidencialismo, es la mayor eficiencia del órgano que deriva de la mayor estabilidad de gobierno. Se trata de un lugar común dudosamente fundado[44]. Baste pensar en la estabilidad de gobierno del sistema parlamentario alemán y en la inestabilidad del estrambótico «semi-presidencialismo» francés, que con su carácter bicéfalo y con el virtual conflicto que de él se deriva entre presidente y mayoría del primer ministro, parece ingeniado para generar la máxima ingobernabilidad. La idea que durante dos decenios ha animado el debate italiano según la cual el principal objetivo de las elecciones sería la eficiencia y la estabilidad de los gobiernos en vez de la representación del electorado es, por otro lado, el fruto de una opción ideológica: la identificación de la eficiencia del sistema político, a causa de un antiguo reflejo reaccionario, únicamente con la eficiencia del ejecutivo, y no también con la del parlamento, cuyas crisis de eficiencia, de funcionalidad, de centralidad y de representatividad se dan por descontadas e irreparables, casi como un hecho natural[45].

Es en cambio muy posible una refundación del papel del parlamento en condiciones de satisfacer, aun con un sistema rígidamente proporcional, las necesidades de eficiencia y representatividad ilusoriamente asociadas al presidencialismo y al método mayoritario. Una primera reforma en esta dirección sería la adopción del sistema unicameral, o al menos de un bicameralismo diferenciado, basado en la atribución a una sola cámara de las funciones legislativas y de control sobre el gobierno, reservando a la otra cámara la representación de las autonomías territoriales, bajo el modelo del *Bundesrat* alemán. El bicameralismo se justifica en realidad por dos únicas razones, hoy ambas, al menos en Italia, inexistentes. La primera es la distinta base social y política de

las dos cámaras: una cámara alta de nombramiento real o hereditaria, como en las viejas monarquías constitucionales, y una cámara baja de tipo electivo; o bien una cámara representativa de los Estados, como en los ordenamientos federales, y la otra del conjunto del cuerpo electoral. La segunda es la diversidad de funciones y de poderes de las dos cámaras —por ejemplo, la limitación de la competencia de una de las dos a la coordinación de las autonomías locales— que comportaría sin embargo un bicameralismo imperfecto y se resolvería por ello, en lo que se refiere a las funciones legislativas y de control sobre el gobierno, en un sistema sustancialmente monocameral. No es en cambio un buen argumento a favor del bicameralismo el efecto de enfriamiento y del carácter más meditado de las decisiones producido por la doble lectura. De hecho, como demuestra la experiencia italiana, la doble lectura (o triple o cuádruple, cuando se manifiestan discrepancias entre las dos cámaras) se resuelve en un trabajo de Sísifo totalmente inútil que está en el origen de esa incapacidad de decisión del parlamento lamentada por los críticos de los sistemas parlamentarios como su principal defecto.

Una segunda reforma debería consistir en la radical deflación de las funciones parlamentarias, que habría que restituir principalmente a la producción de leyes generales y abstractas, restableciendo así una clara distinción de papeles entre legislación y administración, hoy perdida. Sería además oportuna la introducción, bajo el modelo alemán, de la elección por el parlamento del presidente del gobierno y de la posibilidad de hacerlo caer sólo a través de la moción de censura constructiva, acompañada por la inmediata confianza a otro gobierno.

En fin, una tercera reforma, que serviría para restituir centralidad y funcionalidad al parlamento, sería la drástica reducción del número de los parlamentarios: en pocas palabras, la introducción de una (sola) cámara con no más de cien representantes, como son, por ejemplo, los miembros del Senado estadounidense, a la que podría añadirse un Senado de las autonomías con simples funciones de coordinación en las materias de competencia regional. De ahí se seguirían múltiples ventajas. Ante todo, se conseguiría un refuerzo del poder y el peso político del parlamento, al ser obvio que un órgano colegial es más débil cuanto más amplio y viceversa. Se obtendría además una mayor eficiencia del órgano, dado que un parlamento con un número reducido de miembros, y más todavía si es unicameral, decide más rápidamente y discute más profunda y autorizadamente. De ahí se seguiría luego un mayor peso específico y por ello un mayor poder y una mayor autoridad de cada parlamentario, su mayor autonomía de las burocracias de los partidos y su mayor eficiencia, aunque no fuera más que por la mayor disponibilidad de medios e infraestructuras. Crecerían la transparencia de la dialéctica política y la responsabilidad de los diputados, dado que cien delegados serían bastante más visibles y controlables que la plétora de representantes que hoy atestan los salones parlamentarios. De ello resultaría una mayor selección del personal político y un más elevado nivel cualitativo

tanto del debate parlamentario como de las decisiones producidas, dado que las fuerzas políticas no podrían permitirse ya proponer a burócratas de partido o notables locales, sino sólo a personalidades de relieve, creíbles y con autoridad. Se tendría en fin una mayor claridad de las decisiones de los partidos, un mayor peso de los votos electorales y un menor espacio a las clientelas y los intereses particularistas.

Semejante reforma, en suma, incidiría directamente sobre muchas de las razones de la crisis de la moderna democracia representativa: el carácter sobrecargado del parlamento, la lentitud de sus procesos decisorios, la irrelevancia de los parlamentarios, la prevalencia de los intereses locales, sectoriales y clientelares, el rígido dominio de los aparatos de partido. Serviría además para conjugar —si fuera acompañada de un método proporcional perfecto, con la única, inevitable cláusula de barrera del 1% de los votos— la máxima eficiencia con la máxima representatividad. Naturalmente, golpearía los intereses de las burocracias de partido. Pero son precisamente estos intereses los que están en la base de la crisis actual de la democracia representativa y los que deben ser enfrentados, como ahora se verá, si se quiere elevar la calidad tanto de la política como de las instituciones de gobierno.

14.8. *Las garantías de la representatividad política: incompatibilidad, instituciones electorales de garantía, democracia interna de los partidos, separación entre partidos e instituciones*

El sistema parlamentario, el método electoral proporcional y la reducción del número de los parlamentarios son sólo las garantías, por así decir, estructurales de la igualdad en los derechos políticos y de la representatividad de las instituciones electivas. Hay además otra clase de garantías, dirigidas a preservar, con la regularidad del procedimiento electoral y del papel de mediación de los partidos, la relación representativa entre electores y elegidos respecto de factores más específicos de manipulación y distorsión.

Un primer orden esencial de garantías es el constituido por el sistema de las *incompatibilidades*. Si es cierto que el conflicto de intereses compromete tanto la representación jurídica de la institución (T7.74-T7.75) como la representatividad política de los electores (D12.4, T11.135), hace falta establecer la no elegibilidad (y, si es el caso, el cese) de todas las personas incompatibles, por causa de sus intereses privados o sus cargos públicos, con las funciones parlamentarias o de gobierno. Incompatibilidades de este tipo están previstas en todos los ordenamientos, incluido, como he aludido en el § 14.6, el italiano, donde sin embargo no han impedido que surja el conflicto en el vértice del Estado. Pero precisamente su inefectividad exige que estas causas de incompatibilidad sean precisadas y aumentadas y, sobre todo, integradas por un eficaz sistema de garantías secundarias. Lo que ha ocurrido en realidad es que

el carácter de *interna corporis* asociado en Italia, al igual que en otros ordenamientos, a su verificación, ha atribuido paradójicamente tal control a las mayorías parlamentarias, colocando a estas mismas en un ulterior y evidente conflicto de intereses. Un conflicto análogo de intereses es por lo demás el que aparece en la institución de las inmunidades parlamentarias, conforme a la cual la responsabilidad penal de los diputados está limitada o condicionada de distintas maneras por la autorización de la cámara a la que pertenecen[46].

Para impedir este segundo tipo de conflictos de intereses, proveniente de la coincidencia de controladores y controlados, se exige por tanto un segundo orden de garantías: además de la abolición de todo privilegio de inmunidad en aplicación de los principios de igualdad y de legalidad, la creación de *instituciones electorales de garantía* separadas e independientes de las funciones y de las instituciones representativas de gobierno (D12.16, D12.8, T.12.115) y destinadas al control no sólo de las incompatibilidades sino, más en general, de la regularidad de los procedimientos electorales. Mucho más confiable que la «verificación» sucesiva operada por una comisión parlamentaria sería en realidad la comprobación de las incompatibilidades, lo más preventiva posible, confiada a autoridades independientes y/o a órganos jurisdiccionales. Instituciones de garantía de este tipo están presentes en muchos países de América Latina. Por ejemplo, en México una reforma de 1996 ha dado vida a dos instituciones electorales de garantía: el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que es una institución de garantía secundaria (D12.18) competente para decidir sobre todas las controversias en materia de elecciones, y el Instituto Federal Electoral, que es una institución predominantemente de garantía primaria (D12.17) destinada a la vigilancia de la regularidad de los procedimientos electorales y a las decisiones en materia contencioso-administrativa. Se trata de dos instituciones de extrema importancia, desconocidas en la experiencia europea, que desarrollan funciones de garantía cada vez más indispensables para la correcta formación de la representación política[47].

Son muchas, además del control de las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad, las funciones que deberían ser confiadas a estas instituciones de garantía, primaria y secundaria: la garantía de la igualdad de oportunidades ofrecidas a todas las fuerzas políticas en la confrontación pública y en las competiciones electorales, comenzando por el igual acceso a los espacios, sobre todo televisivos, reservados a la comunicación política; el control sobre el respeto de las normas y las reglas de corrección en las campañas electorales y en los procedimientos de voto; la financiación pública de los partidos con criterios de igualdad y de imparcialidad; la vigilancia sobre la transparencia y el respeto de los límites máximos de la financiación privada de las fuerzas políticas; en fin, el control —y sería la tarea más delicada y relevante— sobre la observancia de las normas que garantizan la democracia interna de los partidos.

Es precisamente la *democratización de los partidos* el tercer orden de garantías primarias de los derechos políticos y de la democracia representativa que haría falta promover. Hoy los partidos, por más que se haya reducido notablemente su arraigo social, continúan siendo los verdaderos soberanos de la política, del todo sustraídos, como sujetos *legibus soluti*, a límites y a controles. Además, su separación burocrática y su estructura autoritaria han transformado a estos instrumentos esenciales de mediación entre el sistema político y la sociedad en rígidos diafragmas interpuestos entre uno y otra[48]. El resultado es una duplicación de la representación: además de la representación de los electores sin mandato imperativo respecto de los partidos, la representación de los partidos con mandato imperativo respecto de los elegidos, vinculados de hecho a los dirigentes y a veces al jefe de su partido por una rígida disciplina. La responsabilidad política, que se expresa en la no reelección del representante, se convierte así en una responsabilidad, en vez de hacia los electores, hacia el partido de pertenencia, a su vez mucho más irresponsable si le está reservado el poder exclusivo de decidir las candidaturas.

Para atenuar la disciplina de partido, para implicar a los ciudadanos en la selección de los candidatos, para constreñir a éstos a darse a conocer y a debatir sus programas antes de las elecciones y para establecer alguna responsabilidad política de los elegidos hacia sus electores, haría falta por eso hacer jurídicamente obligatorias las *consultas primarias* con el fin de designar los candidatos a las elecciones de cualquier tipo y nivel: políticas, regionales y municipales. Pero haría falta sobre todo convertir a los partidos en factores efectivos de la autonomía política de los ciudadanos y para ello imponer en sus estatutos, como su razón social, la estipulación y la garantía de su papel de *partidos-instrumento* de la participación democrática de los ciudadanos en el poder político y en la vida política. En nuestra tradición democrática esta exigencia ha sido siempre aniquilada por una antigua desconfianza respecto de cualquier disciplina legislativa de los partidos, debida al temor a la posibilidad de comprometer su carácter de libres asociaciones privadas y de instituciones inmediatamente sociales. Pero ha sido precisamente la involución burocrática y autoritaria de los partidos, debida a la ausencia de garantías, la que ha determinado su progresiva y no limpia integración en la red de los poderes públicos y de los poderes económicos y su creciente separación de la sociedad. Por otro lado, es innegable que los partidos, al menos en el momento en que organizan la participación de los ciudadanos en las elecciones, actúan como instituciones públicas; que por eso su organización interna condiciona gravemente la efectividad de los derechos políticos de los ciudadanos, estén o no inscritos en ellos: y que por tanto el «método democrático» que les exige el artículo 49 de la Constitución italiana para que sirvan de intermediarios de la representación y del ejercicio de los derechos es una garantía esencial tanto de una como de otro, además del presupuesto de su renovada capacidad de activación social, de agregación política y de estímulo al compromiso civil.

La imposición por ley de un estatuto democrático a los partidos[49] y de controles sobre su cumplimiento, como condiciones, cuando menos, del acceso a la financiación pública, no está, así pues, en contraste sino que es coherente con su papel de garantía de la democracia representativa y de los derechos fundamentales, comenzando por los propios derechos políticos. Ante todo, debería también impedirse a los partidos, por adecuadas normas estatutarias, lo que siempre ha sido y es hoy más que nunca su vicio más grave y difundido: la personalización de la representación y la verticalización y concentración de los poderes decisorios en las manos de un jefe o de grupos restringidos de dirigentes, cuya fungibilidad habría que promover además, junto con la conciencia general del carácter sólo parcial y convencional de su representatividad. Más en general, sería necesario favorecer la superación de las actuales estructuras jerárquicas y autoritarias, de modo que, a través del desarrollo de formas organizativas permeables y policéntricas, se permitiera la formación de la voluntad colectiva en todas las decisiones políticas lo más desde abajo que sea posible, y no desde arriba. En particular, haría falta prever y garantizar procedimientos democráticos en las elecciones de los dirigentes y en la selección de los candidatos a funciones públicas electivas.

A tal fin, la primera garantía normativa es la tutela del disenso y el estímulo de la libre crítica y del más amplio debate interno. Se deberían garantizar además la publicidad de todas las decisiones y de las discusiones que les preceden; la participación en ellas del mayor número de afiliados; la máxima apertura a formas de participación también de los no afiliados; el secreto del voto en todos los ámbitos y momentos decisorios; la publicidad de las opiniones disidentes, de los procedimientos decisorios y de las decisiones adoptadas; la máxima responsabilización de los dirigentes respecto de los afiliados a través de procedimientos que faciliten la posible revocación de su mandato; en fin, y sobre todo, su no perpetuación y burocratización. La mejor garantía de esta última condición es la temporalidad de los cargos, asegurada por la reelegibilidad de la misma persona —y sobre todo del «jefe»— tras dos o tres mandatos y, por ello, de la rotación y la posibilidad de un recambio no traumático de los grupos dirigentes. Con ello se impediría la personalización del poder central, la profesionalización y burocratización de las funciones de dirección y su degeneración corporativa.

Podrían introducirse además en la vida de los partidos elementos de democracia directa, como las decisiones en las asambleas de los afiliados o los simpatizantes, los referendos internos sobre las decisiones de fondo e incluso el envío de delegados con mandato imperativo de las organizaciones periféricas ante los órganos de decisión centrales. En efecto, pues el mandato imperativo, que en la esfera pública es irrealizable, podría quizá practicarse, al igual que su revocación, en la relación entre los dirigentes de los partidos y sus afiliados, a través de periódicas rendiciones de cuentas de su actuación por parte de los primeros en las asambleas de base de los segundos. En esta perspectiva cabría también prever una

composición mixta de los máximos órganos decisorios, que podrían estar formados en parte por miembros estables, elegidos por los congresos nacionales, y en parte todavía mayor por miembros elegidos y delegados en cada ocasión por las distintas organizaciones periféricas, con mandato imperativo, a la vista del orden del día de cada reunión.

La restitución de los partidos a su papel de órganos de la sociedad exigiría por lo demás una cuarta garantía que es la más importante de todas: *la separación entre cargos del partido y funciones públicas*, a todos los niveles del sistema institucional, como corolario de la separación, de la que hablaré en el § 14.10, entre las instituciones públicas y la sociedad civil, de la cual los partidos son los instrumentos de autoorganización política. Los partidos por otro lado —si son esenciales para diseñar las grandes opciones políticas, para organizar las elecciones y para ejercer un control externo y desde abajo sobre los representantes elegidos— son no sólo innecesarios sino perjudiciales para el ejercicio directo de las funciones institucionales de gobierno. Para obtener esta separación, por lo demás, no basta confiar la gestión administrativa a la Administración Pública y reservar a los exponentes políticos investidos de funciones de gobierno el poder de dirección y de control, junto al poder discrecional de nombrar dirigentes de confianza y colaboradores externos. Al contrario, precisamente esta innovación, experimentada en Italia con las reformas de los años noventa bajo el modelo estadounidense del *spoils system*, ha acabado de hecho por reducir la separación y ha acentuado las prácticas opacas del reparto partidista de cuotas.

Hablaré en los §§ 14.10-14.12 de la necesidad de invertir este modelo también a través de la ulterior y no menos importante separación entre funciones políticas de gobierno y funciones administrativas de garantía. En cuanto a las funciones institucionales de gobierno, el único modo de asegurar su efectiva y por todos deseada separación de los partidos es la introducción de rígidas incompatibilidades con los cargos del partido, conforme a la cual quien se presenta a las primeras debe dejar los segundos y viceversa. Sólo esta incompatibilidad entre funciones públicas y cargos de partido serviría para impedir el conflicto de intereses conforme al cual los «elegidos» para las primeras son de hecho «auto-elegidos» o incluso nombrados por los titulares de los segundos y, por tanto, para producir una autonomía recíproca, benéfica y saludable para ambos: para las funciones representativas, en cuanto produciría finalmente una responsabilidad más inmediata, más visible y directa de los representantes respecto de los representados; para los partidos, que recuperarían su papel de sujetos colectivos extrainstitucionales y de organizaciones directamente sociales, instrumentos de la participación política de los ciudadanos, intérpretes de sus necesidades y reivindicaciones, carentes de responsabilidades de gobierno y responsables únicamente de las directrices políticas y de la elaboración de las listas electorales.

Hoy los elegidos, representantes jurídicamente de las instituciones representativas y políticamente de los electores, están en realidad vincu-

lados a los partidos por una especie de mandato imperativo, en contraste por un lado con su papel de representación política (no del partido sino) de los electores, y, por el otro, debido a la confusión entre controladores y controlados, con el papel de control externo que los partidos deberían ejercer sobre ellos. Esta dependencia se resuelve en una vaga y genérica responsabilidad política no ya de los elegidos, sino de los partidos en su conjunto, y en una responsabilidad burocrático-disciplinar de los representantes únicamente respecto del partido de cuyos dirigentes dependen su reelección y sus carreras.

El fenómeno se ha agravado enormemente en estos últimos años con la expansión incontrolada de la clase política, acompañada por el crecimiento de sus retribuciones y de sus clientelas, y simultáneamente, en aparente paradoja, con la crisis de los grandes partidos de masas. Cesare Salvi y Massimo Villone han documentado la existencia, en Italia, de casi medio millón de personas que viven de la política: cerca de ciento cincuenta mil elegidos, entre parlamentarios, representantes regionales, provinciales, municipales, de distrito o de comunidades de montaña, a los que se añade un ejército de colaboradores externos, asesores, secretarios y asistentes por ellos nombrados discrecionalmente y todos retribuidos con espléndidas compensaciones[50]. En esta expansión del personal político y de sus privilegios lo grave no son tanto los costes económicos como sobre todo la corrupción y la perversión de la relación de representatividad política entre elegidos y electores que de ella se deriva. Por dos razones: en primer lugar, por la concentración en las manos de restringidos vértices de partido o de coalición, en la práctica de pocas personas, de un poder inmenso e incontrolado, que se manifiesta en el nombramiento de hecho, a través de la decisión de candidaturas diversamente bloqueadas, de miles de elegidos, a su vez investidos de enormes poderes clientelares; en segundo lugar, y consiguientemente, por la sumisión del elegido y la inversión de su mandato representativo, que no es ya el mandato desde abajo y la consiguiente responsabilidad respecto de los electores, sino el mandato desde arriba y la consiguiente responsabilidad y fidelidad respecto de quien le ha designado.

Es claro que si se quiere revitalizar la relación de representación política entre electores y elegidos hay que reducir el siempre necesario diafragma interpuesto entre ellos por los partidos y, con él, las dimensiones y las retribuciones de la nomenclatura política y de las clientelas crecidas a la sombra de la ocupación partidista de las instituciones públicas. Naturalmente, los partidos —por su papel en la elaboración de los programas de gobierno, en la formación de las listas electorales y en el control de los representantes— continuarían ejerciendo su legítima, obligada y decisiva influencia. Pero ésta se manifestaría predominantemente en las formas del control externo y en las transparentes del debate político. La separación y el conflicto virtual entre fuerzas políticas e instituciones, entre asambleas de partido y grupos parlamentarios, transformaría en suma tanto a éstos como a aquéllas en lugares de debate, crítica y discre-

pancia y en ocasiones de efectiva responsabilización política, además de en sedes de elaboración de programas y estrategias comunes.

Una rehabilitación del papel de los partidos como instrumentos de la participación política requeriría en fin una relación más estrecha con la sociedad, además de, en aparente paradoja, la pérdida de su monopolio de la representación y de la política. Naturalmente, no podemos hacernos la ilusión de que medidas jurídicas puedan contribuir de manera relevante a esta ampliación de los instrumentos de la representación. Sin embargo, cabría prever espacios y ayudas públicas, de tipo financiero y organizativo, a favor de los movimientos y de todas las distintas formas de asociacionismo espontáneo —del movimiento de las mujeres a los movimientos ecologistas y pacifistas y a las distintas asociaciones de voluntariado— portadores en cada caso de intereses, puntos de vista, problemas y reivindicaciones concretas que no es casual que en los últimos decenios no hayan nacido nunca en el interior de los partidos. Además, la previsión de la posibilidad de los ciudadanos de destinar un pequeño porcentaje de sus impuestos directos como forma privilegiada de financiación a los partidos —no genéricamente a todos ellos, sino al partido previamente elegido por cada cual[51]—, produciría el efecto de una cierta responsabilización de éstos ante los electores. En fin, la reserva a las mujeres de la mitad de las candidaturas en todos los cargos electivos les aseguraría una, aunque débil, garantía de igualdad en los derechos políticos, contra las discriminaciones de las que de hecho son víctimas[52].

Un último orden esencial de garantías, en fin, debería impedir la concentración de los medios de la comunicación política más allá de los límites preestablecidos. Como se verá mejor en el § 15.7, dedicado a la libertad de información, la propiedad y el control de los medios, que forman hoy la arena pública mucho más que las propias sedes parlamentarias, equivalen a un poder, quizá al poder más relevante e insidioso, económico y político a un tiempo. Independientemente del conflicto de intereses en el que, como se ha visto arriba, puede degenerar fácilmente, la concentración de los medios de información en las manos de un particular, quienquiera que sea, equivale por eso a una apropiación privada de la arena pública y, por tanto, a una limitación de la libertad de pensamiento y de información y a un atentado contra el pluralismo que está en la base de la democracia política. Con ello resulta deformado el debate político, trastocado el derecho a la información y expedita la vía para la manipulación de las noticias y las conciencias.

Contra estas distorsiones, letales para la democracia, no basta limitar la posible concentración de los medios. Hay que salvaguardar también la arena pública hoy representada por los medios como parte integrante de la esfera pública: garantizando, como se dirá en el § 15.22, que los espacios de la televisión pública y los de la privada dedicados a la información y a la política sean regulados como lugares públicos virtualmente accesibles a todos y, sobre todo, que la libertad de prensa y de información no sea reducida a una variable dependiente de la libre competencia

y del pluralismo de la propiedad de las cabeceras, sino defendida, como principio constitucional supraordenado a éstas, también respecto de los propietarios de los medios de información.

14.9. *B*) *La división del poder. El principio de subsidiariedad*

En el § 11.15 he definido la esfera pública como el conjunto de dos clases de situaciones (D11.36): la de las situaciones de las que todos son titulares, que equivale a la suma de los derechos fundamentales y de las demás situaciones universales, como por ejemplo las prohibiciones penales, y la de las situaciones conferidas como garantía del interés de todos, que son esencialmente las funciones públicas (D11.38), entre las que se incluyen, principalmente, las instituidas como garantía de los derechos fundamentales (T11.142-T11.144). Después, en el § 11.16, he definido las instituciones públicas como todas aquellas instituciones que están dirigidas al ejercicio de funciones públicas y/o a la garantía de situaciones universales, las primeras de todas los derechos fundamentales (D11.40). En fin, en los §§ 12.6 y 12.7, he distinguido tanto las funciones como las instituciones públicas en funciones e instituciones de gobierno (D12.11, D12.15) y en funciones e instituciones de garantía (D12.12, D12.16).

Cuando hablamos de «Estado», de «poderes públicos» o de «instituciones políticas» aludimos pues a un conjunto complejo, multiforme y heterogéneo de funciones e instituciones públicas. La fragmentación y la articulación del poder en una amplia serie de funciones públicas, distribuidas entre múltiples instituciones, órganos y funcionarios, no es solamente el fruto de una división del trabajo requerida por obvias exigencias de eficiencia, organización y diferenciación de las competencias. Corresponde además a una elemental garantía contra la acumulación del poder en formas absolutas. Recuérdese la máxima de Montesquieu: «Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder»[53]; hace falta, ante todo, que el poder esté distribuido entre varios órganos e instituciones, de modo que nunca sea ilimitado y estén preestablecidas sus competencias, límites y controles.

Bajo este aspecto la distribución del poder y de los poderes no es otra cosa que un corolario del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de todas las funciones públicas a la ley, que de ellas establece taxativamente sus competencias y formas de ejercicio (D10.10 y D10.11). Cantidad y complejidad de las funciones públicas están por otro lado creciendo enormemente, junto al desarrollo e incluso a la inflación de la producción normativa y a la complicación y la pérdida de unidad del sistema de las fuentes, dividido hoy entre fuentes estatales, fuentes regionales, fuentes locales y fuentes supranacionales de distintos niveles. Es claro que este aumento de la complejidad de la esfera pública exigiría —en vez de los procesos regresivos de verticalización, confusión y concentración de los poderes de los que he hablado arriba y sobre los que volve-

ré más adelante— un aumento paralelo, dentro de un sistema racional y unitario, de la diferenciación y distribución de los poderes, con todos los consiguientes problemas de eficiencia, funcionalidad y garantía.

En los §§ 12.5-12.7 he distinguido y contrapuesto dos figuras distintas y opuestas de distribución del poder que luego he identificado, en los §§ 12.10 y 12.11, con otras tantas normas de reconocimiento de la democracia constitucional (T12.114 y T12.115): la *división* del (mismo) poder entre sujetos distintos (D12.5), para garantizar su control y/o su recíproca cooperación, y la *separación* de los (diversos) poderes (D12.8) atribuidos a sujetos diversos para garantizar su recíproca independencia. Donde hay división, he mostrado, no hay separación, y viceversa (T12.48-T12.50). Y he conectado la división y la separación a dos fundamentos diversos. La división afecta a todas las funciones públicas, tanto de gobierno como de garantía, y responde a la exigencia de que todo acto de poder esté sujeto a cooperación y/o a control, a revisión, a revocación, a impugnación o a anulación por motivos de (i-)legitimidad o de (in-)oportunidad. La separación y la recíproca independencia remiten en cambio, como se ha dicho en el § 12.6 y después en el § 13.5, a la diversidad de las fuentes de legitimación: y tanto si se trata de la separación entre funciones públicas y funciones privadas, legitimadas las unas por los intereses generales y las otras por los particulares, como si se trata de la separación entre funciones de gobierno y funciones de garantía, unas discrecionales y por ello legitimadas por su representatividad política directa o indirecta, las otras de carácter tendencialmente cognoscitivo y por ello legitimadas por la aplicación sustancial, y no sólo formal, de la ley.

La segunda norma de reconocimiento de la democracia constitucional, tras el principio de la representación política, es pues aquella específica forma de distribución que es la *división del poder*, no por casualidad excluida, al igual que la sujeción del soberano a la ley, por la doctrina hobbesiana del estado absoluto[54]. Como se recordará, en su momento he distinguido dos tipos de división: la división orgánica (D12.6), consistente en el hecho de que los titulares de una función pública son designados por otros funcionarios, y la división funcional (D12.7), consistente en el hecho de que los actos preceptivos con los que la función se ejerce son ejecutados colectivamente por varios funcionarios y/o por funcionarios distintos de los que realizan uno o más actos de carácter instrumental en relación con aquéllos. Es claro que estos dos tipos de división generan una forma de interdependencia entre los sujetos titulares de una misma función. La *división orgánica* determina grados más o menos intensos de dependencia subjetiva según comporte o no, para alguno de los funcionarios entre los que se divide la función, el poder de nombramiento y el de revocación de los demás. La *división funcional*, a la que puede añadirse o no la orgánica, consiste a su vez en grados distintos de interdependencia objetiva, según consista en el concurso de varias personas en el ejercicio del mismo poder o en el poder de un funcionario de auto-

rizar, instruir, aprobar o reformar la actuación de otro. Cabe afirmar que todos los poderes públicos están divididos, al menos funcionalmente, aunque no sea más que gracias a la forma del *procedimiento* (legislativo, administrativo o judicial) ilustrada en el § 9.5 (T9-20' y T9.64) y exigida habitualmente por las normas formales sobre la producción de los actos preceptivos que constituyen su ejercicio. En ambos casos la división del poder, sea orgánica o funcional, está encaminada al control, formal o sustancial, de la validez o de la oportunidad de las actuaciones mediante las que se ejercen las funciones divididas.

La primera, elemental forma de división funcional del mismo poder es la *intra-orgánica*, generada por la composición colegiada de gran parte de los órganos de las instituciones públicas y de su actividad decisoria como sujetos colectivos (T7.78-T7.84): del régimen consular en la Roma republicana (dos cónsules, por añadidura en el cargo por un solo año) a las actuales asambleas parlamentarias, hasta al carácter colegiado de gran parte de los órganos llamados a juzgar, ésta es la (co-)división del poder que excluye su carácter autocrático y confía su ejercicio a la discrepancia racional, al control recíproco de los sujetos que forman parte del colegio y, en caso de disenso, a la votación y por tanto a la regla de la mayoría[55].

Estructuralmente distinta, por estar confiada a la forma del procedimiento, es la división del poder *inter-orgánica*, es decir, entre órganos distintos, alguno de los cuales es competente para dictar el acto preceptivo o decisorio mientras que los demás son competentes para dictar sus actos instrumentales, como la autorización, el *nihil obstat*, las consultas, la ratificación, la aprobación, la confirmación, la anulación y similares. Aquí las razones de la división funcional son de lo más diverso: no sólo las del control, bien de forma o de sustancia, preventivo o sucesivo, de la operación de un órgano por parte de otro, sino también las de la evaluación, el auxilio o el aval técnico, o incluso de la cooperación y del equilibrio de intereses públicos distintos.

Hay además una tercera forma de distribución del poder, que se realiza entre los diversos niveles organizativos o normativos de un mismo ordenamiento o entre ordenamientos de distinto nivel, correspondientes por ejemplo a otros tantos niveles territoriales, y entre las respectivas tareas de poder. Puede tratarse de una división orgánica, como es la de tipo jerárquico y vertical que para garantizar el control y la unidad de dirección de la función se expresa en el nombramiento y/o en la remoción de los funcionarios de nivel inferior por parte de los de nivel superior. Es claro que si a tal división se le añade la funcional, consistente en el poder de autorización o de reforma confiada al órgano jerárquicamente superior, no se tiene ya «división» en sentido propio sino una simple organización del trabajo dentro de un mismo departamento. Al contrario, entre niveles normativos de un ordenamiento o entre ordenamientos distintos, puede producirse no ya (co-)división sino separación horizontal, tanto organizativa como funcional, más o menos atemperada por

la posibilidad de intervenciones de la autoridad central: es el caso de muchos ordenamientos federales, en los que algunas funciones están reservadas en exclusiva a los Estados miembros y otras a las autoridades federales. En fin, una distribución funcional entre niveles normativos y ordenamientos distintos puede consistir, como en el modelo federal de tipo solidarista, en una forma de división más compleja, no jerárquica ni separatista, sino autonomista y democrática, como lo es la informada por el *principio de subsidiariedad*.

Éste es un modelo organizativo desarrollado sobre todo en estos últimos años. La división por él determinada consiste en una norma de competencia conforme a la cual el órgano o la fuente subsidiaria es competente para intervenir en el ejercicio de las funciones confiadas en vía principal al órgano o a la fuente subsidiada sólo en caso de inactividad y/o a petición de ésta. No se trata pues de un rígido reparto de competencias, ni todavía menos de una relación de subordinación o de delegación por parte de una fuente superior a una fuente inferior, sino más bien de una relación —o mejor de una red de relaciones— de concurso y cooperación, de colaboración y co-decisión, de diálogo y negociación, de convivencia y cohabitación[56].

Se pueden distinguir dos formas de subsidiariedad. La primera es la llamada *subsidiariedad horizontal*, que se manifiesta en la intervención de las instituciones públicas para mantener las funciones públicas o parapúblicas, en todo caso ligadas a intereses generales, desarrolladas por sujetos privados en las múltiples formas de la autonomía colectiva: como los movimientos, las organizaciones del voluntariado, las asociaciones comprometidas en problemas sociales específicos, las comunidades locales y todas las distintas formas en las que, en adición a los partidos y los sindicatos, se organizan espontáneamente la participación política y el compromiso social. En la medida en que estas asociaciones desarrollan funciones públicas no con fines de lucro —de la organización de la participación política a la prestación voluntaria y solidaria de servicios y bienes vitales— se justifican, conforme al principio de subsidiariedad horizontal, intervenciones públicas dirigidas a favorecer y acaso a financiar su supervivencia y funcionamiento[57]: a condición, sin embargo, de que esto sirva para integrar las prestaciones de la esfera pública y no ya para favorecer, en cualquier forma, su reducción.

Mucho más relevante como principio organizativo de distribución del poder es la *subsidiariedad vertical*, que se refiere a las relaciones internas a la esfera pública y que se manifiesta en la atribución de funciones públicas a las instituciones cuyo nivel territorial es más próximo a los ciudadanos y sólo subsidiariamente, es decir, en caso de su inactividad, inadecuación o insuficiencia, a las instituciones de nivel territorial más lejano. En la escala de las instituciones territoriales —formada, por ejemplo en Italia, por distritos, municipios, provincias, regiones y Estado, y además por las instituciones supranacionales— el principio de subsidiariedad vertical comporta que la competencia se confíe en vía

primaria a la institución local y en vía subsidiaria a las instituciones de nivel menos periférico.

De ello resulta una doble red de relaciones de división —la red de las fuentes y la red de los poderes—, una y otra opuestas a las generadas por el modelo centralista y burocrático que presidió, en Europa, el nacimiento del Estado moderno. La red de las fuentes informada por la subsidiariedad ya no está en realidad caracterizada por la superioridad de las fuentes centrales sobre las locales, sino, al contrario, por la primacía de éstas sobre aquéllas, justificadas por dos principios: por el principio de especialidad, es decir, del carácter dispositivo y derogable de las normas generales (o centrales) por obra de las normas especiales (o locales), y por el principio de autonomía, es decir, del carácter tanto más representativo y por tanto políticamente más legítimo del ejercicio de las funciones públicas cuanto más confiado esté a las instituciones electivas locales, más próximas a los electores. La red de los poderes, a su vez, está caracterizada no ya por la dependencia jerárquica de las instituciones locales respecto de las centrales, sino por el papel de suplencia, integración o apoyo de éstas respecto de aquéllas, motivado según la ocasión en el plano sustancial por razones de conveniencia y solidaridad y, en el plano formal, por necesidades objetivas preestablecidas normativamente, o bien por la petición de intervención por parte de los titulares de las funciones locales o directamente por los ciudadanos interesados en ellas.

Se trata, pues, de una nueva modalidad de los poderes públicos, que se ha afirmado sobre todo en las relaciones entre ordenamientos tras la crisis, de abajo arriba, de la soberanía y de la centralidad del Estado nacional: precisamente, con la traslación de funciones y de sedes decisorias tradicionalmente estatales, por un lado hacia abajo, en sentido infranacional, y por el otro hacia arriba, en sentido supranacional. Una aplicación del principio en las relaciones infraestatales la ofrece el artículo 120 de la Constitución italiana modificado por el artículo 6 de la ley constitucional n.º 3, de 18 de octubre de 2001, según el cual «el Gobierno puede sustituir a órganos de las Regiones, las Ciudades metropolitanas, las Provincias y los Municipios en el caso de falta de cumplimiento de normas y tratados internacionales o de la normativa comunitaria, de peligro grave para la incolumidad y la seguridad pública, o cuando lo requieran la tutela de la unidad jurídica o la unidad económica y en particular la tutela de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales, prescindiendo de los confines territoriales de los gobiernos locales»[58].

Pero es sobre todo en las relaciones supraestatales donde el principio de subsidiariedad ha encontrado aplicación. En particular, es principalmente conforme a él, a través de la progresiva construcción de una esfera pública común y complementaria a las distintas esferas estatales, como se ha desarrollado el proceso de construcción de la Unión Europea. Su clara formulación normativa es la enunciada por el artículo 5

del Tratado de Ámsterdam: «En los sectores que no son de su exclusiva competencia la Comunidad interviene según el principio de subsidiariedad solamente si y en la medida en que los objetivos de la acción prevista no puedan ser suficientemente realizados por los Estados miembros, en razón de las dimensiones o los efectos de la acción en cuestión, y puedan ser por tanto mejor realizados a nivel comunitario». El mismo principio, en fin, se encuentra enunciado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, cuyo primer artículo afirma que la Corte «es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales» y cuyo artículo 17 establece como condiciones de improcedibilidad el desarrollo de las investigaciones o el comienzo del procedimiento penal en un Estado que tenga jurisdicción sobre el caso.

En suma, el principio de subsidiariedad se está manifestando como el principal criterio informador de los procesos de integración supranacional, de tipo federal o confederal, y más que ningún otro a la altura de la globalización y de sus opuestas tendencias centrípetas y centrífugas. Vale para rediseñar la esfera pública —contra las tendencias a su desmantelamiento promovidas por las políticas neoliberales y más allá de la crisis de los Estados nacionales— conforme a relaciones no ya verticales sino horizontales, no ya de subordinación sino de solidaridad y cooperación. En realidad, el secreto de su funcionalidad respecto del modelo de la democracia constitucional está en conjugar coordinación central y autonomías locales, igualdad y respeto de las diferencias, máxima integración global en las funciones de garantía y máxima representatividad local en las funciones de gobierno.

14.10. *C) La separación de poderes: entre poderes públicos y poderes privados; entre funciones de gobierno y funciones de garantía*

No sólo distinto sino opuesto al principio de la división del poder es el principio de la separación de los poderes, en el cual he identificado la última norma de reconocimiento de la democracia constitucional (T12.115). Su fundamento, como se ha dicho en el § 12.6, no es la interdependencia entre los distintos sujetos que ejercen el mismo poder, sino por el contrario la recíproca independencia entre poderes basados en fuentes de legitimación distintas. También la separación de poderes puede ser de dos tipos, opuestos a los dos tipos correspondientes de división: la separación orgánica (D12.9), conforme a la que los titulares de la función de la que se predica la separación no pueden coincidir ni ser nombrados o revocados por los titulares de funciones separadas de ella, y la separación funcional (D12.10), conforme a la cual se excluye que actos instrumentales de los actos preceptivos con los que se ejerce la función de la que se predica la separación sean realizados por los titulares de otra función. Por ejemplo, el principio de la separación del poder judicial respecto del poder ejecutivo, que es la más clásica

de las separaciones, excluye que un juez sea nombrado o revocado por funcionarios del poder ejecutivo o que cualquiera de sus sentencias sea autorizada, modificada, aprobada o revocada por un acto legislativo o administrativo.

La primera y más radical separación que en el estado de derecho se debe garantizar es entre la esfera pública y la esfera privada y, por tanto, entre los intereses y funciones públicas y los intereses y poderes privados (T11.135, T11.152-T11.153) que he ilustrado en los §§ 11.15 y 14.6. Esta separación no ha sido explícitamente enunciada en nuestra definición de 'constitución democrática' porque está implícita, como he mostrado, en el carácter jurídicamente representativo de las funciones públicas (D7.12) como funciones destinadas a la tutela de intereses generales (D11.39) y, por tanto, forma parte del constitucionalismo profundo del Estado moderno mucho antes que de la democracia constitucional. Se trata en efecto de la separación generada por el nacimiento mismo de una esfera pública, garante de las diferentes esferas privadas en cuanto independizada de cada una de éstas como esfera distinta y separada (T11.135). Pertenece a tal esfera, se ha dicho, el conjunto de aquellos intereses de todos que son los derechos fundamentales, como tales universales e indisponibles, además de las funciones públicas, estén destinadas a su garantía o bien al gobierno y promoción de intereses generales (T11.136, T11.138-T11.140, D11.38, T11.155, T11.142-T11.144, T11.148, T11.149, T11.157). Pertenece en cambio a la esfera privada el conjunto de los intereses particulares realizados mediante el ejercicio de aquellos derechos-poder que son los derechos civiles de autonomía y los derechos patrimoniales, singulares y disponibles, de propiedad y de crédito (T11.137, T11.141, T11.145). Es evidente la total diversidad de las fuentes de legitimación de los poderes pertenecientes a las dos esferas: la fuente de legitimación de los poderes privados es la autonomía negocial, conforme a la cual cada uno es el mejor intérprete de los propios intereses[59], en virtual conflicto con los de los demás; la fuente de legitimación de los poderes públicos establecidos para la tutela de los intereses de todos es la representación política en las funciones de gobierno y la sujeción solamente a la ley en las de garantía. Y es además evidente la razón de la separación entre los dos tipos de poder y de intereses, cuya confusión comportaría inevitablemente su discordancia, destinada a resolverse, como se ha visto, con el sometimiento de los intereses públicos a los privados en las formas del conflicto institucional de intereses.

Es precisamente esta confusión la que hoy amenaza con producirse a la sombra de las dos ideologías conjuntas de la primacía del mercado y de la omnipotencia de la mayoría. El caso límite, se ha visto, es el caso italiano, en el que concurren los múltiples conflictos de intereses, la enorme concentración de poderes en una misma persona, la tendencial reducción a mercancías de los derechos sociales, las incitaciones plebiscitarias y las nuevas técnicas televisivas de formación y organización del consenso. Pero no se trata de un fenómeno solamente italiano. Las

nuevas formas transnacionales del actual capitalismo globalizado están subordinando de hecho, en gran parte del planeta, la política a la lógica del mercado: en formas explícitas en los países pobres, que ven cómo se les imponen políticas antisociales por las instituciones financieras internacionales y por las grandes multinacionales; en formas ocultas en los países ricos, a causa de los fenómenos de corrupción y de la relación sinérgica cada vez más estrecha que, como se ha visto, se ha instaurado entre dinero y política. Está además en curso un proceso general de desmantelamiento de la esfera pública. Operaciones como la privatización de la escuela, de la previsión social o de la asistencia sanitaria tienen el efecto de subordinar a la libertad de empresa y a las razones del lucro los principios de igualdad y solidaridad sobre los que se basa la democracia constitucional y de degradar los derechos fundamentales, que por su forma universal están sustraídos al mercado y garantizados por la esfera pública, a derechos patrimoniales de acceso y, por tanto, a mercancías tasables y negociables. Primacía de los poderes económicos, personalización y verticalización del poder político, tendencial concentración y confusión de los distintos poderes amenazan así con invertir todo el edificio del estado constitucional de derecho, desde el principio de legalidad hasta la transparencia de las funciones de gobierno y la independencia y efectividad de las funciones de garantía.

Hoy más que nunca, frente a múltiples conflictos y confusiones de intereses y de poderes que se están produciendo en la esfera pública, es pues esencial, como condición y norma de reconocimiento de la democracia, la separación y por tanto la independencia de las instituciones públicas respecto de los poderes privados y económicos. Esta separación, añado, ha de garantizarse no solamente entre funciones públicas y poderes privados, sino también entre libertades fundamentales y poderes privados, las primeras igualmente pertenecientes a la esfera pública (T11.138) y no sometibles al ejercicio de los segundos. Se trata de una separación esencial hoy más que nunca de la que hablaré en particular en los §§ 15.7 y 15.22 a propósito de la relación entre propiedad privada de los medios de información y libertad de información, actualmente comprometida por la dependencia de la segunda respecto de la primera.

De una naturaleza completamente distinta es la clásica separación de los poderes públicos, aquí reformulada como *separación* entre *funciones de garantía* y *funciones de gobierno* (D12.22, T12.112, T12.115). Si bien se mira, se trata de una metanorma de competencia sobre el reparto de las competencias conectada no sólo, como se ha dicho, a sus diversas fuentes de legitimación sino también, y antes todavía, a la estructura en grados del ordenamiento: no pueden ser imputadas ni ejercidas por los mismos sujetos funciones de grado distinto, como son la *producción* y la *aplicación* de las mismas normas. El principio de legalidad impone en efecto que la ley esté destinada a su ejecución, de modo que se impida su cambio en beneficio de quien está obligado a respetarla y aplicarla. Éste es, en la formulación lockeana[60] y más en general en la de los cons-

titucionalistas ingleses del siglo XVIII[61], el sentido de la separación entre legislativo y ejecutivo, que sirvió en origen sobre todo para liberar a la actividad legislativa del absolutismo regio y para afirmar su independencia primero y su supremacía después. Pero es claro que esta función ha perdido gran parte de su sentido en los regímenes parlamentarios, en los que *a*) gobierno y parlamento están legitimados ambos por la representatividad política, *b*) el primero está vinculado al segundo por una relación de confianza y *c*) el jefe del gobierno suele ser también el jefe de la mayoría y, mientras aquélla no decaiga, el gobierno es su comité «directivo» más que «ejecutivo». La relación entre los dos poderes está en este caso expresada por la clásica máxima *se soumettre ou se démettre*: el gobierno en conflicto con el parlamento debe dimitir. Se trata por eso de dos poderes compartidos, más que orgánicamente separados, que pueden ser ambos incluidos en la clase de las que he llamado «funciones de gobierno» (D12.11). Eso no priva de importancia a su separación funcional, sobre todo por cuanto se refiere a la reserva al parlamento de la función legislativa lo más posible exclusiva. En efecto, las normas con fuerza de ley, al consistir en normas generales, deben ser la expresión, si no de la voluntad general, de la representación general sin mandato imperativo como puede manifestarse sólo en la confrontación y, si es necesario, en el compromiso parlamentario.

En cambio, el principio de la separación, en el sentido de Montesquieu de independencia, del poder judicial respecto de cualquier otro poder conserva e incluso refuerza su valor: «Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del poder legislativo ni del ejecutivo»[62]. Se trata de una separación formulada dentro del esquema de la tripartición de los poderes públicos —legislativo, ejecutivo y judicial—, convertido en un *topos* clásico de la teoría del estado de derecho[63]. Pero es específicamente la separación de la función judicial de los demás poderes públicos la que ha revelado su función garantista, ligada a la especial naturaleza de la jurisdicción: la cual, como se ha visto en los §§ 9.16 y 12.6 y como se verá mejor en el § 14.12, no consiste, como la legislación y la administración, en actividades discrecionales obligadas al simple *respeto* de la ley (D9.35), sino también, si ésta resulta violada, en una actividad vinculada a su *aplicación* (D12.19, D9.34) no sólo formal (D9.36) sino también sustancial (D9.37).

Esta estricta sujeción a la ley, por otro lado, no es sólo propia de la jurisdicción. Es compartida por todas las que, en oposición a las *instituciones de gobierno*, he llamado *instituciones de garantía* y he distinguido en *instituciones de garantía primaria* e *instituciones de garantía secundaria*. Para comprender mejor estas distinciones, ya ilustradas en el § 12.7, conviene recordar que el rasgo distintivo del estado constitucional de derecho reside en la sujeción de todos los poderes a límites y vínculos de ley no sólo formales sino también sustanciales (T10.30-T10.32). Estos vínculos son más o menos rígidos, dado que pueden afectar al *an* de la decisión, es decir, al acto, al *quomodo*, es decir, a su forma, o al *quid*, es

decir, a su sustancia, que a su vez puede estar vinculada por obligaciones o sólo limitada por prohibiciones. Allí donde esté vinculada la sustancia de la decisión, consistente por tanto en la aplicación no sólo formal sino también sustancial de las normas sobre la producción, tendremos una función y una institución de garantía (D12.12, D12.16, T12.129). Allí donde esté vinculada solamente la forma y la sustancia esté solamente limitada por el deber de respetar, esto es, de no contradecir las normas sustantivas, tendremos en cambio una función y una institución de gobierno (D12.11, D12.15). Naturalmente, hay figuras intermedias, según los vínculos más o menos rígidos impuestos a la sustancia de las decisiones por las normas sobre su producción.

Es claro que, en este sentido, la función de garantía por antonomasia es la juris-dicción (T12.52), enteramente vinculada a la comprobación de la «verdad procesal», de hecho y de derecho, como presupuesto de sus actuaciones. La separación de la función judicial, como función de aplicación de la ley, respecto de las funciones legislativa y ejecutiva de gobierno fue en realidad el fruto de una primera diferenciación de las funciones públicas, producida con el nacimiento del Estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad como reflejo del monopolio estatal de la producción normativa. Pero la limitación de las funciones de garantía sólo a la jurisdicción reflejó el esquema institucional del viejo estado paleo-liberal, en el que las funciones públicas se limitaban precisamente a las funciones legislativas, a las ejecutivas de gobierno y a las judiciales. Hoy la esfera pública se ha hecho enormemente más extensa y más compleja, habiéndose enriquecido con funciones de garantía, primarias y secundarias, desconocidas para la vieja tripartición del siglo XVIII. Baste pensar en las enormes y multiformes funciones del estado social, de la educación a la asistencia sanitaria y la previsión y, por otro lado, a las múltiples funciones de inspección y control. También todas estas actividades, a diferencia de las puramente auxiliares de las actividades de gobierno, exigen autonomía e imparcialidad, al estar en gran parte ancladas a la aplicación de la ley, a la satisfacción de derechos fundamentales de rango habitualmente constitucional y al respeto del principio de igualdad. Funciones administrativas como la educación, la sanidad o la policía judicial coordinada por el ministerio fiscal, las comprobaciones y obligaciones fiscales, las inspecciones sobre la observancia de las normas contra la contaminación o sobre la prevención de catástrofes, exigen todas una independencia funcional de sus titulares, como garantía de la igualdad de trato y la imparcialidad, incompatible con su dependencia política y hasta con su mera relación fiduciaria con los titulares de las funciones de gobierno. Como mejor se verá en el § 14.12, en efecto, éstas no obtienen su legitimación del principio de la representación política sino, al contrarío, de modo similar a la función judicial, de la sujeción solamente a la ley y, por tanto, no también a las mayorías contingentes[64]. Son, al igual que ella, funciones de garantía (T12.53) y por tanto, conforme a la reformulación del principio de la

separación de poderes realizada en el § 12.6, deben estar separadas y ser independientes de las funciones de gobierno.

Por lo demás, la inadecuación de la vieja tripartición, elaborada hace tres siglos en referencia a una estructura de la esfera pública incomparablemente más simple y elemental que la actual, viene atestiguada por la dificultad de cualificar conforme a ella una hoy vasta red de nuevas figuras institucionales, dirigidas a la regulación y al control de las más variadas actividades de interés público. Piénsese en las llamadas «autoridades independientes»[65], nacidas y desde hace tiempo enraizadas en la experiencia anglosajona, desarrolladas en los años noventa también en Italia en los sectores más variopintos, de la información a la competencia, de la vigilancia sobre los seguros a la de los fondos de pensiones, de la tutela de la intimidad a la aplicación de la ley sobre el derecho de huelga. Ciertamente, estas nuevas instituciones, igualmente que otras instituciones preexistentes como la Banca de Italia y la Comisión Nacional para las Sociedades y la Bolsa (Consob), no son clasificables dentro de la clásica tripartición de los poderes, aunque no sea más que porque a menudo están dotadas de funciones tanto normativas como administrativas y jurisdiccionales: relativas a la disciplina de determinadas materias, pero también a la comprobación de las violaciones de las leyes o de sus propias actuaciones y a la aplicación de las respectivas sanciones o remedios[66]. Más bien reflejan el modelo normativo aquí diseñado de las funciones y las instituciones de garantía y de su separación dentro del paradigma de la democracia constitucional (D12.12, D12.16, D12.22, D12.8-D12.10, T12.112, T12.115, T12.162 y T12.180). Lo que las unifica, en efecto, más allá de la diversidad de las materias de su competencia, es su separación funcional y a veces también orgánica de las funciones y de las instituciones de gobierno: precisamente, su autonomía funcional, dirigida a la garantía de la legalidad, de la igualdad y/o de derechos fundamentales, y por ello ajena a las funciones de gobierno y no sometida a controles políticos o administrativos, acompañada, aunque no siempre, de su separación orgánica, es decir, de la sustracción al poder ejecutivo del poder de nombramiento de sus dirigentes[67].

Pero es todo el catálogo, cada vez más amplio y heterogéneo, de las funciones administrativas el que debe ser reclasificado conforme a la distinción estructural aquí operada entre funciones de gobierno y funciones de garantía. No por casualidad he distinguido, en el § 11.17, entre funciones legislativas, funciones administrativas y funciones judiciales (D11.42-D11.44) pero no entre las respectivas instituciones, distinguidas todas en los §§ 12.6 y 12.7, junto a sus respectivas funciones, en instituciones de gobierno e instituciones de garantía (D12.11-D12.18). No existe, en efecto, una institución unitaria identificable con la Administración Pública. Y las funciones administrativas no forman un sistema de funciones homogéneas. Como se ha dicho en el § 12.6, son *funciones administrativas de gobierno* cuando están ancladas al simple *respeto* de las normas sustantivas que regulan su ejercicio (T12.54); pero consis-

ten en *funciones administrativas de garantía* cuando están vinculadas a su *aplicación sustancial* (T12.53) y, por tanto, a la comprobación de los presupuestos por ellas preestablecidos. Sólo las funciones del primer tipo son por ello adscribibles, al igual que las funciones legislativas (T11.162), a las que he llamado *instituciones de gobierno* (D12.15). Las del segundo tipo, al estar dirigidas, en aplicación sustancial de los presupuestos legales, a la satisfacción en vía primaria de derechos fundamentales como la seguridad, la salud y la educación, exigen en cambio ser ejercidas, al igual que las funciones judiciales, por las que he llamado *instituciones de garantía* (D12.16).

Naturalmente, bien puede ocurrir, en la práctica, que existan funciones e instituciones intermedias, en parte de gobierno y en parte de garantía, cuya separación y correlativa división en grados más o menos intensos está justificada: por ejemplo, la exclusiva separación funcional y no también la orgánica, o viceversa, o incluso grados más o menos rígidos de una u otra. Pero esto no excluye, en el plano teórico, la importancia y la nitidez de la distinción conceptual, puesta como fundamento de la separación entre las dos clases de funciones y de las instituciones correlativas. Como se dijo en el § 12.7, las instituciones de gobierno, precisamente por estar investidas de funciones discrecionales no rígidamente vinculadas a la ley, exigen una legitimación política de tipo representativo, como expresión de la mayoría. En cambio, las instituciones de garantía, al estar investidas de funciones vinculadas a la aplicación sustancial de la ley como tutela de los derechos de todos, están legitimadas precisamente por su sujeción solamente a la ley y por los mismos derechos fundamentales de todos para cuya garantía están establecidas: deben poder decidir, en dos palabras, independientemente y, si es necesario, incluso contra la voluntad de la mayoría. El campo de las primeras es el de la política, es decir, el de la innovación normativa y las decisiones de gobierno dentro de lo que he llamado la «esfera de lo decidible». El campo de las segundas es el de la legalidad, es decir, el de las garantías primarias y secundarias a ellas impuestas, en aplicación de normas preestablecidas, independientemente de las contingentes direcciones políticas de gobierno, dentro de la que he llamado la «esfera de lo no decidible (que y que no)».

Se comprende cómo toda expansión del paradigma del estado de derecho y de la legalidad —por el aumento de los derechos, por el desarrollo de nuevos niveles infra- o supraestatales del ordenamiento, en fin, por el crecimiento de la cantidad y complejidad de las leyes— exige, como condición de efectividad, una expansión de las instituciones de garantía, tanto primarias como secundarias. Esta expansión está en gran parte pendiente de cumplimiento. Sobre todo para los derechos sociales, como veremos en los próximos capítulos, debemos registrar una debilidad o, peor, una ausencia de garantías que es casi total para los formulados a nivel internacional. Por otra parte, con el crecimiento de la complejidad social y con la multiplicación de las funciones estatales

han aumentado enormemente los peligros de invasión e interferencia de los poderes privados en la esfera pública y las tendencias a la confusión entre funciones de gobierno y funciones de garantía, hasta la acumulación y la concentración indiscriminadas de unas y otras bajo la enseña del principio del *spoils system*. Y por eso ha crecido la exigencia de las distintas formas de diferenciación, división, separación y delimitación del poder bastante más allá de la clásica separación de Montesquieu, como factores indispensables de la minimización de las arbitrariedades y los abusos.

14.11. *Confusiones de poderes: las funciones administrativas de garantía entre privatización y politización*

Desgraciadamente, el modelo de las funciones públicas que he diseñado arriba viene contradicho por la crisis actual, en las democracias actuales, de las dos separaciones por él postuladas: tanto la que distingue entre esfera pública y esfera privada como la que lo hace entre funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía. Está en curso, no sólo en Italia, un proceso de transformación de la Administración Pública informado también por las dos ideologías más arriba mencionadas y de hecho convergentes, aunque en apariencia opuestas, en la desvinculación de las funciones públicas de su sujeción a la ley: por un lado, la idea de la omnipotencia de la mayoría que las somete a la dependencia política; por el otro, la ideología neoliberal de las privatizaciones, que las somete a las dinámicas del mercado.

El modelo es el norteamericano del *New Public Management*, promovido por la OCSE, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, basado únicamente sobre (supuestos) criterios de eficiencia y realizado en Italia gracias a la acción conjunta de la privatización de la relación de empleo público, llevada a cabo por los decretos legislativos 29/194 y 165/2001, y por el llamado *spoils system*, introducido con la ley 145/2002 y la ley de simplificación 229/2003[68]. De ello es resultado un sistema administrativo informado: *a*) por la relación fiduciaria entre vértices políticos y vértices administrativos, que de hecho termina por favorecer las lógicas clientelares y de reparto; *b*) por la (propiciada pero no realizada) movilidad entre sector público y sector privado, como si los criterios de gestión de una empresa privada con fines de lucro fuesen los mismos que los de una Administración Pública; *c*) por la tendencial privatización tanto de muchas funciones administrativas como de las relaciones de trabajo del empleo público. Se trata de un modelo que refleja la experiencia administrativa y de gobierno americana, que no es casual que no haya conocido un desarrollo del estado social comparable al producido en Europa. Una experiencia, por otro lado, en la que las pocas funciones administrativas de garantía introducidas de tanto en tanto se han confiado predominantemente a autoridades inde-

pendientes. Pero su aplicación indiscriminada a todas las funciones administrativas, indistintamente, es del todo incongruente en países de tradición profundamente distinta como los europeos.

La reclasificación aquí propuesta de tales funciones dentro del paradigma de la democracia constitucional impone en cambio distinguir. Es claro que el *spoils system*, hecho posible por el modelo empresarial, se justifica para todas las actividades administrativas o ejecutivas ligadas a las *funciones de gobierno* (T12.54) —como las de los jefes de gabinete o los secretarios personales de los ministros o de los alcaldes, o las de los jefes y los funcionarios de los servicios de asesoramiento de los ministerios—, dirigidas todas a elaborar o realizar sus políticas de acuerdo con el sujeto políticamente responsable y, por tanto, bajo su dependencia. En estos casos se trata de funciones auxiliares a las políticas, que justifican ciertamente una relación laboral de confianza, ligada a la persona del exponente político con la que los funcionarios están llamados a colaborar y asegurada por la contratación individual. Por lo demás, en los Estados Unidos, donde no se ha desarrollado un sistema de bienestar a cargo de la Administración Pública comparable a los de los países europeos, son predominantemente de aquel tipo las funciones de la Administración Pública no incluidas entre las conferidas a las autoridades independientes[69].

En cambio, allí donde se trate de *funciones administrativas de garantía* (T12.53), el modelo empresarial —al igual que los dos prejuicios ideológicos que lo sustentan, el neoliberal y el mayoritario— está en contraste con el paradigma constitucional de los límites y vínculos impuestos a aquéllas por la naturaleza universal de los derechos fundamentales, establecidos como cláusulas del pacto constitucional de convivencia. En la base de su generalización indiscriminada está la incomprensión y la descalificación de la esfera pública y el desconocimiento de su especificidad, más aún, de su oposición a la esfera privada (T11.135). Oposición y virtual conflicto en dos sentidos: en el sentido, ante todo, de que son distintos su papel y su estructura, al estar destinada la esfera pública a la tutela universalista de los intereses y los derechos de todos, mientras que la esfera privada lo está al lucro y a la gestión autónoma de los intereses particulares; y en el sentido, en segundo lugar, de que la esfera pública tiene la tarea de tutelar, pero también de limitar y regular las actividades propias de las esferas privadas para garantizar que no dañen a los demás, no perjudiquen su salud, no exploten el trabajo, no destruyan o deterioren el medio ambiente, en suma, no choquen con los intereses de todos, incluidos los propios intereses privados al desarrollo de la libre competencia. En esta incomprensión se basa la idea de que la esfera pública puede ser remodelada a imagen de la esfera privada, a través de una suerte de empresarización de la Administración Pública informada por los principios que gobiernan las empresas comerciales: por un lado, por los criterios puramente económicos de gestión y valoración de la acción pública en sus relaciones con el exterior; por otro, por las formas de organización interna de los cargos, basados en relaciones puramente

jerárquicas, en el reclutamiento del personal con criterios discrecionales y en el carácter precario de las relaciones de trabajo.

Si en cambio se reconoce que en las democracias constitucionales la razón social de las funciones de garantía de la Administración Pública no es la mera eficiencia económica o la reducción del gasto, sino la máxima cantidad y calidad de las prestaciones debidas como garantía de los derechos fundamentales de las personas (D12.35, T12.117, T12.162, T12.165, T12.180), también sus normas de reconocimiento deberán consistir en su separación, tanto funcional como orgánica. De ahí se siguen dos tesis —una relativa al carácter público e independiente de las funciones y las instituciones administrativas de garantía y la otra a la configuración de la relación de trabajo de los funcionarios públicos— diametralmente opuestas a las líneas de tendencia expresadas por el modelo empresarial arriba ilustrado.

La primera tesis es la de la *separación funcional* de las funciones e instituciones administrativas de garantía respecto de las funciones e instituciones de gobierno en cuanto funciones e instituciones públicas independientes de éstas y no sustituibles por el mercado. Al consistir en la tutela de intereses generales —y los primeros, los intereses de todos que son los derechos fundamentales—, las funciones de garantía en realidad pueden ser ejercidas legítimamente sólo por instituciones de garantía separadas de cualquier poder de parte exterior a ellas, comenzando por las funciones de gobierno, y son al mismo tiempo incompatibles con cualquier tipo de privatización. Aun así, es cierto que en Italia, como en otros países europeos, las funciones del estado social, como se verá en el § 15.17, se han desarrollado sin ningún diseño constitucional, a través de la simple expansión de los aparatos burocráticos, en la forma de articulaciones ministeriales de las funciones de gobierno o bien de entes públicos controlados por éstas de distintas maneras: lo que ha determinado su desarrollo pletórico, su escasa eficacia y, a veces, su corrupción y degeneración clientelar. Pero éste es un hecho histórico contingente, ligado a la estructura paleo-liberal de la esfera pública, que junto al poder legislativo y al poder judicial conocía solamente el poder ejecutivo o de gobierno, dentro del cual han terminado por desarrollarse todas las funciones de garantía del actual estado social; mientras que es claro que tales funciones, al estar legitimadas por la aplicación de los vínculos legales correspondientes a los derechos fundamentales de todos, y no ya por la voluntad de la mayoría política, deben estar funcionalmente lo más separadas posible de las funciones de gobierno, de manera que se evite cualquier ejercicio discrecional o de parte.

Todavía menos compatible con el paradigma constitucional es la privatización de las funciones administrativas de garantía. Como se verá en el § 14.20, las privatizaciones de actividades gestionadas por el Estado se justifican, allí donde resulte un menor coste para los usuarios, sólo si tienen por objeto no ya funciones públicas, y todavía menos funciones de garantía de los derechos fundamentales, sino empresas puramente

mercantiles o incluso, con los oportunos vínculos dirigidos a garantizar su acceso a todos en condiciones de igualdad, servicios públicos consistentes en simples prestaciones no discrecionales de tipo serial, como los teléfonos, los transportes o los suministros de gas o electricidad. Ciertamente, en la experiencia americana y en el viejo estado paleo-liberal, en ausencia de derechos sociales, prestaciones como la educación, la previsión o la asistencia sanitaria resultan confiadas predominantemente a empresas privadas en régimen de mercado: son, precisamente, prestaciones privadas, correspondientes a derechos patrimoniales a su cumplimiento. Pero donde tales derechos están estipulados como fundamentales, y por tanto como universales, por constituciones rígidas, equivalen, como he dicho varias veces, a leyes del más débil cuya garantía en favor de todos debe ser confiada a instituciones públicas, dotadas de autonomía funcional, en alternativa a la ley del más fuerte que regula el mercado. Y la idea de su privatización informada por la lógica del lucro y no por la igual tutela de los derechos es el signo de una regresión del espíritu público y del sentido común en torno al derecho, a los derechos y a la democracia. Obviamente, los criterios de gestión y de valoración del ejercicio de las funciones de garantía incluyen también los económicos; pero sólo en el sentido de que la obtención de los fines de la igual tutela de los derechos fundamentales con la máxima economía de los medios refleja un elemental principio de racionalidad instrumental.

La segunda tesis es la de la *separación orgánica* de las funciones y las instituciones de garantía respecto de las de gobierno, la cual no sólo es incompatible con el modelo empresarial del *spoils system* sino que exige un refuerzo de las garantías de independencia de los empleados públicos a los que están confiadas. En cualquier relación de trabajo, como se verá en el § 14.18, la garantía de una cierta estabilidad forma el presupuesto —una meta-garantía, por así decir— de todo el sistema de los derechos de los trabajadores. Pero, por lo demás, para cuantos ejerzan funciones públicas de garantía —de la educación a la sanidad, de la asistencia a la previsión o a la policía judicial, de las concesiones de licencias o autorizaciones a las funciones de inspección en materia fiscal, medioambiental o de trabajo— hay una razón funcional que se opone a la flexibilidad y a la precariedad de la relación de trabajo: el hecho de que en tal caso el empleo público está destinado a funciones de tutela de intereses generales y de derechos fundamentales que, en cuanto tales, exigen, como dice el artículo 97 de la Constitución italiana, «imparcialidad» y por tanto un relevante grado de autonomía e independencia. No es casual que el mismo artículo 97 establezca que, «salvo los casos establecidos por la ley», «en las administraciones públicas se accede por concurso» y que «en la regulación de los cargos se determinarán las esferas de competencia, las atribuciones y las responsabilidades propias de los funcionarios». Lo que con tales principios se quiere impedir, como garantía de la imparcialidad de los funcionarios y de la autonomía que constituye su presupuesto, es precisamente la dependencia de vínculos políticos o clientelares que

provendrían de la precariedad de su puesto de trabajo y de la indeterminabilidad y mutabilidad de sus atribuciones y responsabilidades.

Es claro que el *spoils system* de tales funciones por obra de la coalición política vencedora en las elecciones, a través de la sustitución del concurso público por contratos de trabajo individuales, genera efectos exactamente opuestos a tales principios y todavía más perversos, si cabe, que los producidos por la privatización de toda la función. En la relación de trabajo que tiene lugar en la empresa privada por lo menos el empleador arriesga su propio dinero y por tanto tiene aunque sólo sea un interés económico en la selección por el mérito. Y en todo caso no tendría ningún sentido la sustitución de todo el personal dependiente a cada cambio de la propiedad de la empresa[70]. La privatización de la relación de empleo público, como resulta de la sustitución del concurso público por el contrato de trabajo individual, es por el contrario fuente de todo género de condicionamientos políticos y apetitos clientelares, de favoritismos y discriminaciones, de condicionamientos partidistas y conflictos de intereses. Equivale, en pocas palabras, a un paradójico connubio de *privatización* y *politización* del empleo público que de hecho concluye en un reforzamiento de la clase política y en un correlativo vasallaje de la Administración Pública. El criterio de la fidelidad política o, lo que es peor, del favor personal, sustituye inevitablemente al criterio del mérito. Precariedad de los encargos, altas remuneraciones y discrecionalidad de las formas de selección determinan a su vez, de manera igualmente inevitable, la degeneración clientelar de la esfera pública y la rígida subordinación de los seleccionados a sus benefactores[71].

Así resultan comprometidos los rasgos de imparcialidad y de autonomía y, por tanto, las fuentes de legitimación de las funciones de garantía: las cuales, al consistir en la aplicación de la ley y en la tutela o satisfacción de derechos fundamentales, exigen la separación tanto orgánica como funcional, en dos palabras, una independencia del poder político —esto es, de los partidos, como se dijo en el § 14.8, pero también de los titulares de las funciones políticas de gobierno— en alguna medida análoga a la exigida para esa función de garantía por antonomasia que es la jurisdicción. Y así resulta comprometida la misma efectividad de las funciones de garantía y, con ella, la efectividad de los derechos por ellas garantizados y la dimensión sustancial de la democracia constitucional.

14.12. *Cuatro fundamentos de la separación de las funciones de garantía respecto de las funciones de gobierno. Deontología de los poderes públicos*

Se ha dicho varias veces que la separación entre funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía se justifica por la diversidad de sus fuentes de legitimación. Puesto que el poder político, sea legislativo o de gobierno, está dotado de amplísimos espacios de

discrecionalidad, es necesario, en democracia, que obtenga una legitimación externa de la autonomía política de los ciudadanos, y por tanto de su representación como expresión aunque sea indirecta de la soberanía popular. Al contrario, se ha añadido, el poder judicial y las demás funciones de garantía, al estar sujeto su ejercicio a vínculos sustanciales, obtienen su legitimación únicamente de su exclusiva sujeción a la ley.

Para comprender por qué esta distinta legitimación de las dos clases de funciones justifica su recíproca separación e independencia es ahora oportuno someter a ulterior análisis los rasgos de las funciones de garantía, no sólo jurisdiccionales sino también administrativas. Estos rasgos son en gran parte comunes a los rasgos estructurales de la jurisdicción identificados en los §§ 12.6 y 12.8. Conforme a ellos, podemos por tanto identificar cuatro fundamentos de su legitimación como funciones sometidas exclusivamente a la ley y por ello independientes de las de gobierno, legitimadas en cambio por la representación política: la distribución y la limitación de los poderes públicos contra los riesgos de su degeneración despótica; la naturaleza tendencialmente cognoscitiva de los presupuestos del ejercicio de todas las funciones de garantía; el carácter universal de los derechos fundamentales por ellas garantizado; y su papel de contrapoderes, correlativo a la valencia contramayoritaria de tales derechos.

El primer fundamento, común al de la división del poder, es la necesidad de fragmentar el poder para contener su natural tendencia a acumularse en formas absolutas. Es el principio según el cual, como ya escribió Aristóteles, el poder es tanto menos despótico cuanto más limitado está por otros poderes[72]. Y es la principal razón de la separación de poderes indicada por Montesquieu en el pasaje varias veces recordado: al ser un dato de experiencia que cualquiera que esté investido de poder «siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites», es necesario, si se quiere evitar el abuso del poder, que «el poder frene al poder»[73]. «Todo estaría perdido», añade, «si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares»[74], dado que si este último «va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor[75].

El segundo fundamento, de carácter más propiamente funcional es sin duda el más importante. Reside en la naturaleza lo más posible cognoscitiva provista a las funciones de garantía por el principio de legalidad al que están sometidas. El rasgo distintivo que asemeja a las distintas funciones jurisdiccionales —la jurisdicción ordinaria, civil y penal, la administrativa y la constitucional—, pero también, en distinta medida, a las demás funciones de garantía, es el hecho de que todas consisten en la comprobación de hechos, actos o situaciones: la jurisdicción en la

comprobación de violaciones de ley por causa de actos ilícitos o de actos inválidos; las funciones de garantía primaria de los derechos sociales en la comprobación de los presupuestos de hecho de las prestaciones debidas; las funciones de control y de garantía desarrolladas por las llamadas autoridades independientes en la comprobación de los diversos presupuestos normativos de su ejercicio.

Esta naturaleza tendencialmente cognoscitiva, además de prescriptiva, es inmediatamente reconocible en la juris-dicción, que en un estado de derecho es una actividad preceptiva que tiene como justificación necesaria, explícita o implícita, una *motivación* en todo o en parte cognoscitiva. Las leyes, los reglamentos, los negocios privados y gran parte de las actuaciones administrativas son actos exclusivamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende del simple respeto a las normas sobre su producción y cuya legitimación política depende, en la esfera privada de la autonomía de sus autores y en la pública de su adhesión a los intereses representados. Las sentencias, en cambio, son comprobaciones y exigen por tanto una motivación fundada en argumentos cognoscitivos en los hechos y re-cognoscitivos en el derecho, de cuya verdad, aun aproximativa como lo es toda verdad empírica, depende tanto su *validez* o legitimación jurídica, interna o formal, como su *justicia* o legitimación política, externa o sustancial. Por un lado, pues, la naturaleza cognoscitiva de la jurisdicción sirve para configurarla, a diferencia de la legislación y de la administración, como *aplicación sustancial* (D12.19, T12.68-T12.69, T12.71, T12.73-T12.75), esto es, como *afirmación* de la ley. Por otro lado, vale para garantizar ese específico derecho fundamental tutelado por la jurisdicción que es la inmunidad de la persona frente a veredictos arbitrarios. Bajo ambos aspectos, por lo demás, la jurisdicción enlaza con la voluntad popular no menos que la legislación: porque es aplicación de aquella voluntad política que, como se ha dicho en los §§ 13.3 y 13.8, se ha manifestado en las leyes y más todavía en la estipulación constitucional de los derechos fundamentales con el velo de la ignorancia que les proporciona su carácter de reglas generales y abstractas.

Bastaría esto para explicar el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los jueces y para fundar sus requisitos de imparcialidad, condición de tercero e independencia respecto de cualquier poder, incluidos los poderes representativos de la mayoría. En efecto, precisamente porque la legitimidad del juicio reside en la garantía de la imparcial comprobación de lo verdadero[76], no puede depender del consentimiento de la mayoría. Ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad de los consensos o los disensos, puede hacer verdadero lo que es falso ni falso lo que es verdadero. Consensos y disensos no añaden nada a la falsedad o a la verdad de las motivaciones. Por eso el carácter electivo de los magistrados, que caracteriza por ejemplo a la experiencia constitucional americana, está en contradicción, al igual que la electividad o, peor, la dependencia del ministerio público respecto del ejecutivo, con

la fuente de legitimación de la jurisdicción. El sentido de la famosa frase «todavía hay jueces en Berlín»[77] es que debe haber siempre un juez capaz, por su independencia, de absolver a un ciudadano a falta de pruebas de su culpabilidad, incluso cuando el soberano o la opinión pública piden su condena, o de condenarlo en presencia de pruebas incluso cuando los mismos poderes desearían su absolución. Y también debe haber, por las mismas razones, una acusación pública igualmente independiente —aunque a su vez separada de la función de juzgar[78]— en situación que le permita valorar, sin condicionamientos de poder, la existencia de los presupuestos de la acción penal. En suma, el poder judicial es un poder-saber: tanto más legítimo cuanto mayor es el saber y tanto más ilegítimo cuanto mayor es el poder. Tómese por ejemplo la jurisdicción penal. Su carácter tendencialmente cognoscitivo y su consiguiente legitimación están asegurados por las *garantías penales* y por las *garantías procesales*. Las primeras —la exacta predeterminación legal, de la materialidad de la acción, de la lesividad del comportamiento y de la culpabilidad del autor, como elementos constitutivos del delito— garantizan la *verificabilidad* y la *refutabilidad jurídica* en abstracto de las hipótesis acusatorias. Las segundas —la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el juicio contradictorio y los derechos de la defensa— garantizan la *verificación* y la *refutación fáctica* en concreto de las mismas hipótesis de acusación[79].

Pero todo esto vale para todas las formas de jurisdicción. Y vale también para todas las funciones administrativas de garantía, que son tales en cuanto los presupuestos de su ejercicio están siempre predeterminados por la ley. Más aún, en el caso de las funciones administrativas de garantía primaria, tal ejercicio es a veces *ope legis*: piénsese en la educación pública gratuita y obligatoria, en la asistencia sanitaria igualmente gratuita, en las pensiones y en las distintas formas de renta básica de ciudadanía. En otros casos exige comprobaciones, de hecho o de derecho, generalmente menos complejas y opinables que las exigidas a la jurisdicción, aunque no sea más que porque se refieren a presupuestos consistentes habitualmente no ya en hechos del pasado, sino en hechos y circunstancias del presente. Se trata, en todos los casos, de funciones que no comportan discrecionalidad política sino todo lo más una discrecionalidad técnica no diversa, en el plano epistemológico, de la judicial.

Hay además un tercer fundamento de la separación entre las funciones de garantía y las funciones de gobierno. A causa de su naturaleza cognoscitiva, el ejercicio concreto de las funciones de garantía, como lo es típicamente la jurisdicción, está siempre anclado a hechos concretos y a la tutela de derechos y de intereses de individuos concretos. Los demás órganos del Estado —las instituciones legislativas y las de gobierno, sean políticas o administrativas— deliberan, siguen o persiguen, según su colocación institucional y sus espacios de autonomía, direcciones, opciones y finalidades políticas informadas por intereses de carácter general. Discrecionalidad y/o dependencia, potestad de dirección y/u obedien-

cia a las directrices impartidas, caracterizan en consecuencia a todas sus actividades, directa o indirectamente informadas por la voluntad de la mayoría y por la valoración del interés general por ella realizada. Las funciones de garantía, por el contrario, no persiguen ningún interés predeterminado, sino sólo la comprobación de lo verdadero, la imparcial mediación en un conflicto o la verificación de determinados requisitos o presupuestos normativos. También por razones funcionales, pues, mientras que las funciones de gobierno son discrecionales o subordinadas a directrices superiores, las de garantía, comenzando por la jurisdicción, están carentes de direcciones o condicionamientos políticos en cuanto sustancialmente vinculadas solamente a la ley. No se exige ninguna discrecionalidad política ni valoración de intereses superiores para juzgar una violación de la ley o para cumplir, por ejemplo, con la obligación de la asistencia sanitaria, de la educación, de los impuestos, del control de las medidas contra los accidentes de trabajo o de las violaciones de las normas antimonopolísticas.

De ahí se sigue un cuarto fundamento de la independencia de las funciones y las instituciones de garantía que se identifica, en gran parte, con su mismo papel de tutela o satisfacción de los derechos fundamentales. Precisamente porque tales derechos son universales, virtualmente contra la mayoría[80], también las funciones y las instituciones encargadas de su garantía deben ser, virtualmente, contra la mayoría. No se puede condenar o absolver a un ciudadano, proporcionarle o no proporcionarle asistencia sanitaria o proveer o no a su subsistencia porque eso responda o no responda a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable, la privación o el menoscabo de un derecho de libertad o la falta de satisfacción de un derecho social[81]. Si se quiere que estén en condiciones de garantizar los derechos de los individuos, las funciones de garantía no pueden ser expresión, ni todavía menos depender del poder de la mayoría sino únicamente de la ley.

En el caso de las funciones judiciales de garantía secundaria, este fundamento es aún más evidente, identificándose con su papel de control de las ilegalidades del ejercicio de los poderes: de las leyes y de los demás actos inválidos producidos por el poder legislativo y el ejecutivo; de los actos ilícitos cometidos por los titulares de cualquier poder, tanto público como privado. Es claro que tal papel correría el riesgo de ser obstaculizado por cualquier relación de dependencia, directa o indirecta, de los jueces y los fiscales respecto de los titulares de las funciones de gobierno. Las investigaciones sobre la corrupción de exponentes del poder político o de la Administración Pública, por ejemplo, serían impensables si la función judicial no fuera totalmente independiente. Por eso la función judicial se configura como *contra-poder*, encargado del control sobre el ejercicio ilegal de los demás poderes, sin interferir por esto en sus competencias: al intervenir no ya, como se ha dicho en el § 12.7, sobre los espacios legítimos de la política y de la economía, sino

sólo sobre sus espacios i-legítimos, tal y como se manifiestan en actos inválidos o en actos ilícitos[82].

Pero la misma argumentación puede repetirse para todas las demás funciones de garantía, cuyo ejercicio está siempre en potencial conflicto —personal o institucional— con los sujetos titulares de otros poderes, sean políticos o económicos, y de los cuales deben por ello ser separados conforme a su específica fuente de legitimación: no la representatividad política, como provendría de su electividad y daría lugar a jueces o a garantes de parte, sino la sujeción solamente a la ley como tutela de los derechos de todos. En este sentido la función judicial, y más en general las funciones de garantía, sirven para tutelar a todos los ciudadanos *contra* el mismo gobierno representativo: «Los poderes que se abandonan en manos de los que no son directamente responsables ante el pueblo», escribió John Stuart Mill, «deben considerarse como precauciones que el poder dominante permite sean tomadas contra sus propios errores»[83].

Es además evidente que tanto la independencia como la imparcialidad de las instituciones y las funciones de garantía, al igual que su carácter cognoscitivo y su papel de tutela de los derechos fundamentales, son *principia iuris*, es decir, modelos normativos más o menos rígidamente positivados en forma de *principia in iure* y sin embargo nunca plenamente satisfechos[84]. Los fundamentos de legitimidad de tales funciones e instituciones —la verdad alcanzable en un procedimiento jurisdiccional o administrativo, la sujeción sólo a la ley, el mismo papel de garantía de los derechos fundamentales— son por eso siempre relativos, imperfectos y aproximativos. Se trata, en realidad, de principios y de convenciones normativas. De modo que siempre están justificadas la duda y la crítica en orden a su grado de efectividad. Pero esto vale para cualquier poder, cuya fuente de legitimación es siempre convencional, normativa, relativa y sumamente imperfecta. El poder político, por ejemplo, está legitimado por su representatividad de la voluntad popular; la cual, se ha visto, es claramente una convención, más o menos desacreditada por las distorsiones y manipulaciones aquí ilustradas y en todo caso no más fundada que el fundamento cognoscitivo de la jurisdicción y las demás funciones de garantía.

De este reconocimiento pueden extraerse dos importantes implicaciones en materia de deontología de las funciones públicas. La primera es que la principal garantía contra la arbitrariedad es precisamente la consciencia que todos los titulares de poderes públicos deberían tener del carácter a fin de cuentas relativo, imperfecto, tendencial, aproximativo y, sobre todo, convencional, de sus fuentes de legitimación. Es convencional e imperfecta la legitimación de las funciones de garantía y, en particular, de la función judicial: por el carácter a fin de cuentas opinable de la verdad jurídica y probabilístico de la verdad fáctica, que debe sugerir, con la consciencia de su falibilidad, la prudencia y la duda como hábitos intelectuales. Es igualmente convencional e imperfecta la legitimación de las funciones de gobierno por el carácter de mera ficción

y convención de la representación política, cuya consciencia debería a su vez cerrar el paso a toda forma de autosacralización de los representantes como encarnaciones de la soberanía popular o en todo caso como expresiones directas de cualquier voluntad de la base. Existe siempre, por otra parte, un margen irreductible de ilegitimidad que caracteriza a todo poder, por causa de las muchas divergencias deónticas que, como varias veces se ha dicho, se establecen entre su deber ser normativo, tanto externo como interno, y su ser efectivo. Es en la permanente consciencia —como hábito profesional de los funcionarios públicos y como sentido común de la opinión pública— de este margen de ilegitimidad donde residen el más seguro factor de responsabilización de los poderes públicos y a la vez la mejor garantía extrajurídica contra sus posibles degeneraciones autoritarias.

La segunda implicación es que el grado de efectividad y por tanto de legitimación de las instituciones de garantía depende a su vez del grado de efectividad de las garantías predispuestas para su propio ejercicio: por ejemplo, en el caso de la jurisdicción penal, por el (grado de efectividad de) las garantías de la taxatividad de las figuras de delito, de su materialidad y lesividad, de la carga acusatoria de la prueba, del juicio contradictorio y de los derechos de la defensa. Sólo el respeto efectivo de estas garantías, por así decirlo *internas*, permite que tales instituciones satisfagan, con el máximo grado de efectividad, sus funciones de garantía, por así decirlo *externas*. Sólo las garantías (internas) del correcto proceso consienten, por ejemplo, asegurar las funciones de garantía (externas) de la prevención de los delitos y de la minimización de las penas, que, como se verá en el § 15.10, son las fuentes de legitimación del derecho penal. Consiguientemente, si es cierto que la independencia es un rasgo necesario de las funciones de garantía, de modo que no hay garantía de los derechos sin jueces independientes, es también cierto, a la inversa, que sólo la efectividad de tales funciones sirve para acreditar el valor de su independencia a los ojos de los ciudadanos. Sólo si éstos perciben a sus jueces como garantes de sus derechos, percibirán también su independencia como una garantía propia. Por eso, cada vez que un juez o un administrador público cometen un abuso minan la legitimidad de sus funciones de garantía y con ella el fundamento mismo de su independencia. Ya que existe un nexo bidireccional entre legitimación y efectividad de las funciones de garantía, por un lado, y, por el otro, el riguroso respeto de las garantías predispuestas para su mismo ejercicio.

14.13. *D) El principio de plenitud de las garantías impuesto a las funciones de gobierno*

Nuestra reflexión sobre la dimensión política de la democracia constitucional no sería completa si no sometiéramos a análisis un cuarto principio: la obligación de realización que corresponde a las instituciones de

gobierno, de la que se ha hablado en el § 13.19, del diseño normativo trazado por las constituciones. Por lo demás, es en esta obligación donde hemos identificado la sustancia de la función legislativa de manera que su ejercicio cumpla la razón social de la respectiva institución política (D11.42); la cual, sabemos, en la democracia constitucional consiste en la garantía de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos (T12.117, T12.165).

Existe en realidad una estrecha correlación entre estado constitucional de derecho y garantías. Como se ha visto al final del § 14.10, toda expansión de la esfera pública determinada por el aumento de los derechos y los bienes fundamentales exige un correlativo desarrollo de las garantías primarias y de las garantías secundarias, así como de las respectivas funciones e instituciones. El espacio de las garantías, tanto primarias como secundarias, equivale pues al (y está destinado a crecer o a reducirse con el del) sistema de los límites y vínculos legales impuestos a los poderes públicos por los derechos fundamentales de tanto en tanto establecidos.

En el modelo liberal decimonónico del estado legislativo de derecho este espacio era mínimo, como también era mínimo el sistema de los vínculos impuestos por la esfera pública. En primer lugar porque era mínimo el papel del Estado: tutor y garante del orden público interior, a través del derecho y la jurisdicción penal y de la certeza de las transacciones y demás relaciones civiles a través del derecho y la jurisdicción civil. En segundo lugar porque, por mucho tiempo, el Estado y los demás entes públicos no estuvieron sujetos a la jurisdicción, de modo que sus actos, excepción hecha de los recursos previstos para los actos jurisdiccionales, no se consideraban justiciables. Por eso las garantías primarias se limitaban a las prohibiciones penales y a las obligaciones civiles, unas y otras destinadas a los ciudadanos, a más de las garantías procesales contra la arbitrariedad judicial. Las garantías secundarias, a su vez, se resolvían en la jurisdicción civil y en la penal —una referida a la comprobación y la reparación de los ilícitos civiles y la otra a la comprobación y punición de los ilícitos penales—, destinadas ellas también exclusivamente a los ciudadanos. Sólo lentamente se desarrolló en el siglo XIX un contencioso administrativo entre instituciones públicas y ciudadanos[85]. Y sólo en la segunda mitad del siglo pasado hizo su aparición, en gran parte de los ordenamientos europeos, un contencioso legislativo, gracias a la introducción del control jurisdiccional de constitucionalidad sobre la legislación ordinaria.

El progreso del estado de derecho ha sido pues simultáneo y paralelo al desarrollo de las funciones de garantía, tanto primarias como secundarias. Este desarrollo, hoy en crisis, ha sido un fenómeno común a todas las democracias avanzadas, conectado con el aumento de la complejidad de los sistemas políticos, con la expansión de la esfera pública y del papel del derecho como técnica de regulación de los poderes públicos y con la instrumentalización de éstos para la tutela y la satisfacción

de los derechos fundamentales. A toda expansión del principio de legalidad, a todo paso realizado en la limitación y en la sujeción del poder al derecho le ha correspondido el aumento de las funciones y las instituciones de garantía primaria y, a la vez, de las de garantía secundaria o jurisdiccional. Garantías primarias y garantías secundarias, como se ha mostrado ampliamente en los §§ 10.16 y 10.21, están en realidad conectadas (T10.207, T10.238). Ya que la jurisdicción interviene en presencia de las violaciones del derecho (D12.19, T12.58-T12.65), y por tanto, se expande cuanto más se amplía el área de las posibles violaciones del derecho mismo: violaciones que, en las democracias avanzadas, ya no son sólo las cometidas por los ciudadanos comunes, sino también, y cada vez más, las llevadas a cabo por los poderes públicos.

De esta expansión del papel del derecho y de las funciones de garantía se pueden indicar dos razones y dos direcciones, ambas estructurales: el cambio de estructura del *sistema jurídico*, ocurrido en la segunda mitad del siglo pasado con su evolución desde las formas del estado legislativo de derecho a las del estado constitucional de derecho; el cambio de estructura del *sistema político*, producido por el desarrollo contemporáneo del estado social y por tanto de la intervención del Estado en la economía, pero no siempre mediante la construcción de un sistema adecuado de funciones e instituciones de garantía.

El primer cambio —en la estructura del sistema jurídico— es el ya varias veces ilustrado ocurrido en Europa con la introducción, tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas y por ello con la incorporación, en los niveles supremos de los ordenamientos, de principios y derechos fundamentales como límites y vínculos, no sólo al poder ejecutivo y al judicial, sino también al poder legislativo. Independientemente de la introducción de nuevas instituciones de garantía primaria, de ahí se ha seguido en todo caso una expansión de las funciones de garantía secundaria conectada con un cambio de colocación del juez respecto de la ley: no sólo, como es obvio, de los tribunales constitucionales, encargados del control de constitucionalidad, sino también de los jueces ordinarios que tienen el poder-deber de activar ese control, en garantía de los derechos constitucionalmente establecidos, incluso contra el legislador ordinario. La sujeción a la ley, en efecto, no es ya, como en el viejo paradigma paleo-positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera que sea su significado, sino sujeción a la ley sólo en cuanto válida, esto es, coherente con la constitución. Y la validez no es ya, en el paradigma constitucional, un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de ésta ligada a la valoración jurisdiccional de su coherencia con la constitución. De ello deriva que la interpretación judicial implica siempre también una valoración de la ley, de la que el juez ha de elegir sus significados válidos, esto es, compatibles con los derechos fundamentales establecidos por las normas constitucionales sustantivas (T9.155, T12.174), en ausencia de los cuales tiene el deber de plantear la inconstitucionalidad.

El segundo cambio del viejo modelo del estado paleo-liberal, este también producido el siglo pasado, se refiere al sistema político y consiste en la amplificación de las funciones del «estado social» inducida por el aumento del papel de la esfera pública en la economía y, a la vez, por las nuevas prestaciones exigidas por la constitucionalización de los derechos sociales en materia de salud, educación, previsión, subsistencia y similares. Al no haber sido completamente elaboradas las formas institucionales de un «estado social de derecho», esta masiva expansión de las funciones del Estado se ha producido sin embargo, en gran parte, por mera acumulación, fuera de las estructuras del viejo estado liberal y en ausencia de garantías eficaces y de mecanismos adecuados de control político y administrativo. El resultado ha sido, por un lado, una escasa efectividad de los nuevos derechos, confiada a las contingencias de la política y a la discrecionalidad de los poderes públicos; por el otro, una crisis de la legalidad en la esfera pública, que, como se ha visto, se ha manifestado en todas las democracias avanzadas en el progresivo desplazamiento de los poderes a sedes invisibles, sustraídas a los controles políticos y jurisdiccionales, y en el consiguiente desarrollo de la ilegalidad y la corrupción[86]. Es claro que también este segundo fenómeno ha contribuido a la expansión de la jurisdicción, sobre todo penal, a la que ha conferido el nuevo papel, esencial como factor de la efectividad por lo menos secundaria del estado de derecho, de la defensa y la reafirmación de la legalidad violada por los poderes públicos. Pero sobre todo, por defecto de garantías y de efectividad primarias, ha señalado la debilidad de la democracia constitucional; la cual implica vínculos legales y esferas de competencia exactamente determinadas, controlabilidad y responsabilidad política del ejercicio de las funciones públicas, lealtad política e institucional, ausencia de poderes invisibles, de dobles Estados, de dobles niveles de acción política y administrativa. En lo que se refiere luego al ordenamiento internacional, en el que por encima de todo se han deslocalizado gran parte de los poderes tanto públicos como privados, debe más bien hablarse, a causa de la ausencia de garantías y de sus respectivas instituciones, de inefectividad estructural (D10.53-D10.55) de los derechos en él establecidos y por ello de falta, y no simplemente de debilidad, de estado de derecho y de democracia.

La actual crisis del estado constitucional de derecho, tal y como ha sido ilustrada en el § 13.15, depende precisamente de esta falta de desarrollo de la esfera pública a la altura de los derechos fundamentales establecidos en los distintos niveles del ordenamiento: de la falta de introducción de las adecuadas garantías primarias y secundarias y de las funciones e instituciones conectadas a ellas; del consiguiente defecto de legalidad sustancial, que si por una parte ha producido un desarrollo impropio de la jurisdicción penal, por otra ha minado demasiado a menudo, en ésta, su carácter cognoscitivo y garantista; del vacío de derecho público que, como veremos en el capítulo XVI, caracteriza a las cada vez más estrechas interdependencias, políticas y económicas,

de la actual globalización. Aquí viene al caso la relación de implicación sólo normativa, varias veces ilustrada, entre derechos y garantías. En un sistema nomodinámico de derecho positivo, la estipulación constitucional de los derechos fundamentales comporta sólo normativamente, pero no también efectivamente, la correlativa presencia de las garantías correspondientes; cuya falta, en vez de ser suplida por intervenciones políticas o burocráticas inevitablemente discrecionales y arbitrarias, debe ser reparada a través de la proyección e introducción de adecuadas funciones e instituciones de garantía mediante una adecuada legislación de actuación.

Hay, pues, un cuarto principio normativo, además de los de la representación, de la división y de la separación de poderes, que debe presidir la organización institucional de la democracia política dentro del estado constitucional de derecho y que se dirige, esencialmente, a las funciones legislativas y de gobierno. Es un principio asimétrico respecto de las citadas normas de reconocimiento, que no he incluido en nuestra definición de democracia constitucional dado que consiste en el *principium iuris tantum*, lógico todavía antes que jurídico, de colmar las lagunas de garantía tanto primarias como secundarias. Conforme a este principio, que llamaré *principio de plenitud de las garantías*, todo acto formal o decisión, en cuanto ejercicio de un poder, sea público o privado, debe estar sometido no sólo a normas formales (T9.92, T9.110), sino también a normas sustantivas (T9.93, T9.96) que en el paradigma del constitucionalismo democrático consisten esencialmente en los derechos fundamentales estipulados por las constituciones como vitales (T12.93). A tales derechos, en efecto, corresponden por un lado los límites y los vínculos fundamentales que son sus garantías primarias (D11.24, D11.25) y por el otro, allí donde éstas sean violadas por actos formales inválidos o por actos informales ilícitos, las garantías secundarias (D11.40, T10.238) consistentes en la anulabilidad de los primeros (D9.32) y en la responsabilidad por los segundos (D10.36). En dos palabras, todos los derechos fundamentales, al igual que los demás principios constitucionales como la igualdad y la paz, deben estar asistidos, en cuanto derechos y por tanto en cuanto expectativas (T11.1, T11.2) tanto por garantías primarias como por garantías secundarias (T3.36, D10.39, D10.40), además de por las respectivas funciones e instituciones de garantía. Es la introducción de estas garantías como *principia iuris et in iure* la que está confiada a la función legislativa por la razón social del estado constitucional de derecho (D11.42): un papel no siempre satisfecho en concreto y sin embargo constitutivo del paradigma normativo de la democracia constitucional. Se expresa en ello la normatividad misma del derecho, del que sirve para poner de relieve, en cuanto se lo «tome en serio», según la bella fórmula de Ronald Dworkin, todas las lagunas de garantía, tanto primarias como secundarias.

Este completamiento, como se ha dicho en los §§ 13.18 y 13.19, puede producirse en múltiples direcciones: con referencia tanto a los

actos susceptibles del control de constitucionalidad, como a los sujetos legitimados para activarlo. En cuanto a las lagunas normativas, sin embargo, el completamiento no es siempre técnicamente posible. Ya he hablado de las sentencias llamadas «aditivas», ampliamente experimentadas por la jurisprudencia constitucional italiana, con las que viene de hecho integrada una norma de ley con la declaración de la ilegitimidad, respecto de las normas constitucionales aplicables, de su parte implícitamente discriminatoria. También he recordado el control jurisdiccional de la constitucionalidad por omisión de leyes de desarrollo de las normas constitucionales, previsto por las constituciones portuguesa y brasileña. Este control, sin embargo, no va más allá de la simple denuncia de la laguna y de la consiguiente recomendación de colmarla, todo lo más reforzable previendo la obligación de pronunciarse a cargo del legislador, obviamente no sancionable más que en la forma de la responsabilidad política. Es en realidad claro que la garantía jurisdiccional no puede extenderse, en aplicación de la separación de poderes, hasta usurpar la función legislativa.

Más adelante, en el § 15.18, formularé algunas indicaciones idóneas para superar las lagunas y para asegurar garantías y efectividad a aquellos derechos a prestaciones positivas que son los derechos sociales. La vía maestra y las más de las veces obligada para hacer frente a la ilegitimidad de las lagunas sigue siendo en todo caso la de la legislación de actuación. Eso quiere decir que la constitución es siempre un proyecto normativo de derecho en gran parte incumplido, que exige ser progresivamente realizado por las funciones de gobierno. En el derecho internacional, en particular, se trata de hecho de construir todo el sistema de las garantías, tanto primarias como secundarias, junto a las funciones e instituciones. Sin su realización legislativa, como se ha dicho varias veces, hablaremos de *derechos débiles*, garantizados por la garantía a su vez débil de la obligación constitucional de introducir sus garantías fuertes. La debilidad puede ser mayor o menor, según falte alguna garantía primaria, como en el caso de los derechos establecidos en las convenciones internacionales, o falten o sean de hecho difícilmente accionables las garantías secundarias: como ocurre, también en los ordenamientos estatales, para muchos derechos sociales, o bien para aquellos derechos que se establecen dentro de relaciones afectivas de tipo asimétrico, como por ejemplo las existentes entre padres e hijos[87].

14.14. *II. La 'democracia civil'. Para un constitucionalismo de derecho privado*

El modelo del estado de derecho, según se dijo en el § 13.16, se ha desarrollado, en la tradición del pensamiento liberal, como sistema de límites o prohibiciones, correlativos a derechos de libertad, únicamente en relación con el poder público. El Estado, según este modelo que en el § 13.8

hemos llamado *estado liberal de derecho*, se legitima esencialmente como «estado mínimo», garante de las libertades y las autonomías individuales a través de deberes de *no hacer*, esto es, de prohibiciones de lesiones o interferencias en la esfera privada de los ciudadanos. En cambio, del horizonte teórico liberal está ausente la perspectiva de un *estado social de derecho*, cuyo paradigma normativo hizo su aparición, como sistema de vínculos o deberes positivos *de hacer*, con la estipulación, en las constituciones de la segunda mitad del siglo XX, de una larga serie de derechos sociales, parcialmente satisfechos por las políticas de *welfare* pero no siempre acompañados de adecuadas técnicas e instituciones de garantía.

Pero todavía más ausente, en nuestra tradición teórica e institucional, es la elaboración del paradigma del estado de derecho respecto de los poderes económicos y más en general de las potestades privadas. En efecto, no se ha desarrollado, junto al *constitucionalismo de derecho público*, un *constitucionalismo de derecho privado*. Tanto en su versión liberal-democrática como en la socialdemócrata, el único poder respecto al que se han teorizado las garantías, como límites y vínculos para la tutela de los derechos fundamentales de sus destinatarios, es el poder público. La expresión «*estado* de derecho» es por lo demás emblemática: es únicamente el «Estado» —esto es, los poderes públicos que derivan del Estado— el sujeto respecto del que se justifican reglas, prohibiciones y obligaciones dirigidas a impedir sus abusos en perjuicio de los derechos de libertad, incluidos en éstos los derechos civiles concebidos, precisamente, como libertades fundamentales en vez de como poderes. Sólo los poderes públicos, y no también los poderes privados, según este modelo, deben estar sometidos al derecho. Sólo ellos, por otro lado, y no también aquellos poderes privados en los que se manifiesta la autonomía negocial, se configuran y fundan como una dimensión de la democracia formal e instrumental.

En la base de esta tradición hay una operación teórica ya analizada en los §§ 10.10 y 11.6, procedente del primer liberalismo y profundamente enraizada en la cultura jurídica y política: la identificación de los «poderes» únicamente con los «poderes públicos». Sólo el Estado y la política serían el lugar del poder, que según el paradigma del estado de derecho hay que someter precisamente al derecho, esto es, a límites y a vínculos, a reglas y a controles. La sociedad civil y el mercado, por el contrario, serían el lugar de las libertades, es decir, del ejercicio de los respectivos derechos que se trataría de proteger contra los abusos y los excesos de los poderes públicos. No sólo. Todo el derecho privado, según la imagen de él propuesta por Kant, equivaldría a una especie de derecho natural y originario, *a priori* e intrínsecamente racional[88]. El mismo código civil, dentro de esta concepción naturalista, no sería otra cosa, como escribió Vittorio Scialoja, que la transposición en normas jurídicas del «estatuto fundamental de la vida social y económica de un país»[89].

Esta concepción restringida del poder y de la positividad y artificialidad del derecho es, a mi modo de ver, insostenible. Está conectada

a la idea de que no existen, en sentido propio, «poderes» privados, al ser los poderes privados sólo y nada más que libertades individuales, «naturales» o prejurídicas sin más. Y esta idea, a su vez, es el fruto de las dos confusiones conceptuales ya criticadas en los §§ 1.6, 2.4, 11.6-11.8 —entre (derechos fundamentales de) libertad y (derecho patrimonial de) propiedad y entre (derechos fundamentales de) libertad y (derechos fundamentales de) autonomía— que se resuelven ambas, con perfiles distintos, en la confusión entre (derechos de) *libertad* y (derechos-)*poderes*.

De estas dos confusiones la más vistosa es indudablemente la producida entre derechos fundamentales, sean de libertad o de autonomía, y derechos patrimoniales, sean de propiedad o de crédito: los unos universales (T11.8) e indisponibles (T11.84), los otros singulares (T11.81) y disponibles (T11.83); los primeros establecidos inmediatamente por normas téticas (T11.20), los segundos preestablecidos por normas hipotéticas como efectos de los actos negociales por ellas previstos (T11.82); parámetros y fundamentos los primeros de la igualdad (T11.126-T11.131) y los segundos de la desigualdad jurídica (T11.132). Pero no menos, e incluso todavía más grávida de consecuencias prácticas, es la segunda confusión, entre derechos fundamentales de libertad y derechos fundamentales de autonomía, que por lo demás es en buena parte responsable de la primera, favorecida precisamente, como se dijo en el § 11.6, por la ambivalencia del concepto de «propiedad» con el que se designan simultáneamente tanto los derechos fundamentales civiles de adquirir y disponer autónomamente de bienes de propiedad como los derechos patrimoniales reales sobre determinados bienes de propiedad. La autonomía privada o de iniciativa económica, asegurada en la esfera del mercado por los derechos civiles atribuidos a todas las personas capaces de obrar, no sería otra cosa, al igual por lo demás que la autonomía política asegurada en la esfera pública por los derechos políticos, que una de las libertades fundamentales, como la libertad personal, la libertad religiosa, la libertad de manifestación del pensamiento, de reunión, de asociación y similares. «La iniciativa económica privada es *libre*», afirma el artículo 41 de la Constitución italiana. «Se reconoce la *libertad* de empresa», establece el artículo 16 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000.

Entre derechos de libertad y derechos de autonomía, unos y otros fundamentales, existe en cambio la diferencia de estructura varias veces señalada. Los derechos de libertad son derechos primarios negativos (T11.64) sustraídos, en cuanto establecidos como universales, a la autonomía privada y, allí donde tienen rango constitucional, a la autonomía política. Los derechos de autonomía son en cambio derechos secundarios potestativos (D11.14, T11.68) consistentes en la potestad de autodeterminarse, directamente en la esfera privada del mercado e indirectamente en la pública de la política, mediante actos jurídicos preceptivos (D10.25, T10.146). En este sentido (derechos de) *libertad* y (derechos de) *autonomía* son figuras jurídicas distintas, no reductibles

unas a otras y que pueden subsistir unas con independencia de las otras. Es perfectamente posible que un ordenamiento sea liberal y políticamente no democrático, al no admitir por ejemplo el sufragio universal, así como es posible que reconozca espacios (más o menos) ilimitados a la democracia política y a la autonomía de mercado y precisamente por esto sea (más o menos) antiliberal. La estructura de estas dos clases de derechos es, en efecto, distinta. Los *derechos de libertad* (D11.15), sean solamente inmunidades de lesiones o constricciones (o «libertades para») (D11.12) o también facultades de comportamientos no jurídicos (o «libertades frente a») (D11.13), conviven tendencialmente sin interferencias recíprocas. Los *derechos de autonomía*, sean *derechos civiles* (o de autonomía privada) o *derechos políticos* (o de autonomía política) (T11.79, T11.67), consisten en poderes en el sentido en el que aquí se ha definido «poder» (D10.1), dado que su ejercicio produce efectos restrictivos sobre las libertades genéricas, propias y ajenas, allí donde no resulten por el contrario jurídicamente limitados y disciplinados como derechos fundamentales por la estipulación de algunas de aquéllas.

La tradición liberal, como se dijo en el § 11.6, ha ignorado estas diferencias estructurales, desconociendo la naturaleza de poderes de los derechos de autonomía y confundiéndolos con los derechos de libertad, aunque sea caracterizando a los primeros como libertades positivas (esto es, activas) y a los segundos como libertades negativas (esto es, pasivas)[90]. La distinción entre derechos de libertad y derechos de autonomía es, por el contrario, esencial para la teoría de la democracia constitucional. A los fines de una teoría jurídica de la democracia es decididamente incluso la más importante en el campo de los derechos fundamentales. En primer lugar, porque son estas dos clases de derechos las que forman la base, respectivamente, del *liberalismo* y de la *democracia formal*, sea *política* o *civil*, y no ciertamente las meras libertades negativas y positivas que, como se dijo desde los §§ 1.6 y 2.4, al ser el residuo del *silentium legis*, existen también en alguna medida en los regímenes más antiliberales y están limitadas también en los más liberales: precisamente, los derechos de «libertad» forman la sustancia del liberalismo en cuanto límites a los derechos de «autonomía» política y civil en el sentido aquí precisado, los cuales en cambio están en la base, respectivamente, de la representación y del mercado, de la democracia política y de la autodeterminación privada. En segundo lugar y sobre todo porque, como se ha visto en los §§ 1.6, 2.4, 10.10 y 11.6, los derechos de autonomía, a diferencia de los derechos de libertad, son *derechos-poder*, cuyo ejercicio, al igual que todos los poderes en el estado de derecho, que no admite poderes *legibus soluti*, debe estar sometido a la ley (T10.30-T10.32): precisamente a los límites y a los vínculos impuestos por los derechos de libertad y por los derechos sociales no sólo a la representación política y a la legislación producidas por el ejercicio de los derechos políticos, sino también al mercado y a la contratación privada producidos por el ejercicio de los derechos civiles. Como se ha visto varias veces, el ejercicio de los dere-

chos secundarios, tanto civiles como políticos, consiste siempre en actos preceptivos cuyo efecto o significado es de grado subordinado al de las normas por las que ellos mismos y los demás derechos son establecidos, y no puede por tanto estar en contraste con ellos, so pena de invalidez de los actos y de ilegitimidad de sus efectos (T11.76-T11.77, T12.129-T12.130, T12.133-T12.134).

Se comprende cómo la incomprensión de esta asimetría entre autonomía y libertad —entre los derechos de autonomía que son poderes y los derechos de libertad que no lo son— tiene el riesgo de avalar, en nombre de la libertad, la desaparición del estado de derecho como sujeción a la ley, y precisamente a los derechos fundamentales, por parte de cualquier poder. La cualificación como «libertades» carentes de límites y controles de los que en realidad son derechos-poder, si en la esfera pública se resuelve, como se ha visto en el § 14.5, en la omnipotencia y por tanto en el absolutismo de los poderes políticos de mayoría generados por el ejercicio de los derechos políticos, en la esfera privada sirve para legitimar el absolutismo del mercado, esto es, de los poderes económicos expresados por el ejercicio de los derechos civiles. Y estos dos absolutismos, como ha ocurrido en Italia y está ocurriendo más o menos abiertamente en otros países, en ausencia de límites y controles corren el riesgo de converger y confundirse hasta desembocar en la tendencial deformación de la democracia política en sentido plebiscitario y del mercado en sentido monopolista.

La identificación de la diferencia de estructura entre derechos de libertad y derechos-poder de autonomía forma pues el presupuesto del desarrollo de un teoría garantista del derecho civil no menos que del derecho público, inhibida en nuestra tradición jurídica por la configuración como relaciones verticales de poder únicamente de las relaciones entre Estado y ciudadano, es decir, entre poderes públicos y libertades privadas, y no también de las que se desarrollan en la sociedad civil entre poderes privados y libertades individuales. Ciertamente, el paradigma del estado de derecho y su sistema de garantías se han extendido de hecho, en múltiples y heterogéneas formas, también al derecho privado. La historia de la propiedad privada, de la empresa, del derecho del trabajo y del derecho de familia es en gran parte la historia de las progresivas limitaciones de las potestades privadas en tutela de los derechos fundamentales. En la Constitución italiana, en particular, la propiedad es reconocida y garantizada dentro de los límites de su «función social». Además, el constitucionalismo del siglo XX, de la Constitución alemana de Weimar[91] en adelante, ha dado amplio espacio al reconocimiento de los derechos fundamentales en las que la Constitución italiana llama las «formaciones sociales» y, por otro lado, en las relaciones económicas. En fin, la doctrina civilista, y no sólo la constitucionalista, se ha comprometido ampliamente en la construcción de una doctrina de los derechos de la persona.

Sin embargo, lo que está por hacer es una teoría del estado de derecho y de la democracia constitucional a propósito de los poderes

privados parangonable a la elaborada sobre los poderes públicos. Esta carencia ciertamente se debe también al condicionamiento de un aparato conceptual en materia de derechos y de poderes procedente de la tradición romanista y que se ha revelado particularmente funcional a las conveniencias del primer capitalismo y el primer liberalismo. Pero se ha convertido en insostenible con la afirmación de la igualdad de todos los seres humanos en los derechos fundamentales y con su extensión, mucho más allá de las originarias relaciones entre poderes públicos y derechos de libertad, también a las relaciones interpersonales. El reconocimiento de la naturaleza de poderes tanto de los derechos patrimoniales como de los derechos civiles de autonomía comporta por ello una redefinición ampliada de la noción de estado de derecho. «Estado de derecho», en esta acepción más amplia, equivale a la sujeción a la ley de todos los poderes, no sólo públicos sino también privados, y a su limitación y regulación para la tutela de todos los derechos fundamentales en todas las relaciones sociales. Si es cierto en efecto que el derecho penal se justifica esencialmente como técnica de *minimización de la violencia*, sea privada o pública[92], todo el artificio jurídico se justifica, según el paradigma del estado de derecho, como técnica de *minimización del poder*, en otro caso absoluto y salvaje: de los poderes públicos, tal y como se expresan en las arbitrariedades políticas y en los abusos policiales, administrativos y judiciales; pero también de los poderes privados, tal y como se manifiestan en el uso de la fuerza física, en la explotación del trabajo y en las infinitas formas de opresión familiar, de dominio económico y de abuso interpersonal.

La técnica de esta minimización es en ambos casos la de la igual garantía y maximización de las tutelas de los derechos fundamentales y de la correlativa limitación y/o funcionalización a éstos de las situaciones jurídicas de poder. La sociedad civil, que es la esfera del derecho privado, no es una sociedad natural, sino que es también, como la política, una sociedad en gran parte artificial. Y relaciones verticales y, en todo caso, asimétricas de potestad/sujeción tienen lugar no sólo en las relaciones de derecho público entre Estado y ciudadano, sino también, y tal vez todavía más, en las relaciones privadas de las que está entretejida, sea natural o artificialmente, la sociedad civil. Son pues el inventario y el análisis de estas relaciones, de los respectivos derechos y poderes y de las distintas garantías primarias y secundarias que a ellas les convienen, lo que hay que desarrollar en los epígrafes restantes de este capítulo, dedicados a las formas de la democracia civil.

14.15. *Principio de legalidad y derechos fundamentales en las esferas de la autonomía privada*

Puede parecer impropio hablar de «democracia civil» a propósito de la red de poderes constituida por los derechos civiles y desarrollada por

su ejercicio[93]. La identificación de la autonomía privada con la libertad está en efecto hasta tal punto enraizada en nuestra tradición que oculta su naturaleza de potestad normativa, análoga y simétrica a la propia de los derechos de autonomía política. Por otro lado, la autodeterminación en materia económica, y en general el poder de actuar con efectos jurídicos en la esfera privada propia y ajena, es una dimensión esencial del autogobierno, y por ello de la democracia formal, no menos que la autodeterminación en materia política, esto es, en la esfera pública. Poder tomar las decisiones jurídicamente relevantes para la propia vida, de la gestión cotidiana de los propios intereses a las elecciones decisivas para el propio futuro —qué estudios emprender, qué trabajo elegir o rechazar, cómo gastar o invertir el propio dinero, si, cuándo y con quién casarse y similares— equivale seguramente a la forma más elemental y espontánea de poder y, a la vez, de producción popular desde abajo del derecho[94]. Este tipo de poder y de producción autónoma de las situaciones y de las relaciones jurídicas, que he identificado con el conjunto de aquellos derechos-poder fundamentales que son los derechos civiles o de autonomía privada, está evidentemente en la base, en particular, del mercado, que es el sistema de las relaciones en las que se expresa la autodeterminación en materia económica a través de actos negociales de intercambio. También el mercado es por eso una dimensión de la democracia formal o instrumental, además del sistema más idóneo para incentivar la producción de riqueza. Lo que sin embargo hay que añadir inmediatamente es que, al tratarse de un sistema de relaciones de poder, no puede, en el estado de derecho, dejar de estar sometido al derecho (T10.31-T10.32), es decir, a reglas, límites, vínculos y controles de tipo jurídico. Es precisamente en este sistema de límites y vínculos, en garantía de los derechos fundamentales de todos, donde reside el garantismo y el constitucionalismo de derecho privado.

Naturalmente, hay diferencias relevantes entre el paradigma constitucional de la esfera pública y el de la esfera privada. Mientras que en la esfera pública resultante del ejercicio de los derechos políticos se plantea principalmente el problema de la garantía de tales derechos contra los distintos factores que, como se ha visto, les ponen en peligro de aniquilarlos, en la esfera privada resultante del ejercicio de los derechos civiles se plantea sobre todo el problema opuesto de los límites al ejercicio de tales derechos. Eso depende del hecho de que los derechos políticos consisten principalmente en el poder de elegir representantes, de modo que la cuestión de los límites y los vínculos afecta esencialmente a los poderes públicos adscritos a éstos o establecidos por éstos; mientras que para aquéllos se plantea si acaso el problema de sus garantías contra las diversas lesiones o violaciones que pueden provenir de las distintas formas de distorsión o vaciamiento de la representación y del pluralismo político. Por el contrario, los derechos civiles son ellos mismos poderes de decisión cuyo ejercicio consiste por tanto directamente en actos preceptivos que exigen precisamente límites, vínculos y controles en garantía de los

derechos de todos; mientras que es bastante menos relevante el problema de sus garantías —limitado, como se verá en el § 14.19, a los de la tutela de la competencia y de la paridad entre las partes negociales—, sin que su ejercicio suela exigir mediaciones burocráticas o representativas.

Hay además una segunda diferencia, conectada a la primera. Precisamente porque los derechos civiles son ellos mismos poderes de producción normativa, cuyo ejercicio es de grado subordinado a la ley, la disciplina de tal ejercicio y de las garantías impuestas a ellos como tutela de los derechos fundamentales no debe ser realizada necesariamente, como se exige para el poder legislativo, por normas constitucionales. Es suficiente que sea dictada por la ley ordinaria: tanto si se trata de las garantías impuestas al ejercicio de los derechos civiles en tutela de derechos fundamentales *erga omnes*, como son los que tienen por objeto bienes personalísimos o bienes comunes y, por otro lado, los derechos de la competencia y por ello del mercado mismo, como si se trata de las garantías impuestas al ejercicio de los derechos fundamentales *erga singulum*, como son los derechos de los trabajadores respecto de los empleadores, los derechos de los hijos al mantenimiento y a la educación respecto de sus padres o los derechos de los consumidores respecto de las empresas productivas[95]. Eso no impide, obviamente, la necesidad de que tales derechos sean estipulados en las constituciones. Sólo la previsión constitucional, en efecto, sirve para imponer su introducción legislativa, para precisar sus límites y vínculos de forma y de sustancia y, en todo caso, para ponerlos a recaudo de la volubilidad de la legislación y de las voluntades contingentes de las mayorías.

Estas dos diferencias se explican a su vez con una tercera diferencia, ya aludida en el § 5.3 y sobre la que volveré en el § 15.15: el papel opuesto que en el paradigma del estado de derecho desarrolla el principio de legalidad en el derecho civil y en el derecho público. En el derecho público, y en particular en el penal, la ley es un límite jurídico a las potestades públicas, judiciales y policiales, como garantía de las libertades individuales de los particulares. En el derecho privado, es en cambio un límite jurídico a la potestad de autodeterminación de los particulares, como garantía de intereses públicos. «Las partes», dice el artículo 1322 del Código Civil italiano, «pueden determinar el contenido del contrato en los límites impuestos por la ley». Desgraciadamente, cuáles sean estos límites no está en absoluto preestablecido rígidamente por normas constitucionales. Precisamente la configuración corriente de los derechos civiles de autonomía no ya como derechos-poder incluso fundamentales, sino como derechos de libertad del mismo tipo que las libertades fundamentales no ha promovido su codificación orgánica, correlativa a los distintos tipos de derechos fundamentales, y ha secundado siempre las políticas neoliberales dirigidas a reducir o a abolir cualquier límite o vínculo legal a su ejercicio. De esta falta de límites y vínculos informados en el principio de estricta legalidad es de la que dependen las formas extrajurídicas y salvajes asumidas por estos derechos-poderes de

autonomía privada: sea porque se afirman en las formas de la explotación capitalista dentro de papeles e instituciones jurídicas abandonadas a dinámicas incontroladas, sea porque se desarrollan fuera de cualquier papel o institución jurídica y en formas extralegales. Piénsese en los lugares de trabajo, en la familia, en las mil formas de dependencia que se originan en todos los aparatos burocráticos y en las diversas sujeciones y opresiones económicas que se desarrollan en las relaciones de mercado. Pero piénsese, sobre todo, en la falta de reglas idóneas para limitar, en la actual globalización, a los grandes poderes económicos transnacionales.

Estos poderes sin reglas son inevitablemente fuentes de limitación de las libertades y de multiplicación de las desigualdades. También para los poderes privados vale en efecto la tesis de Montesquieu de que el poder, a falta de límites legales, tiende a acumularse en formas absolutas. Existe por ello un nexo biunívoco entre poderes, jurídicos y no jurídicos, limitaciones de las libertades y desigualdades, formales o sustanciales. El poder tiene el específico efecto de producir disparidades, asimetrías, serialización, disciplina, relaciones de sujeción; y la desigualdad consiste en relaciones asimétricas de poder/deber y en el sentimiento de desigualdad de las identidades propias y ajenas que les acompaña[96]. Más aún, a diferencia de los poderes regulados, los poderes sin reglas, no sólo públicos sino también privados, son naturalmente absolutos. Podemos incluso decir que el grado de absolutismo que queda en un sistema jurídico, aunque esté organizado en las formas del estado de derecho, está constituido por los diversos espacios de poder sin reglas que se crean en la sociedad civil, o también dentro de las instituciones, conforme a normas que confieren poderes en blanco simplemente diseñando roles: de padre, de dueño, de empresario, de empleador, de dirigente y similares. Es claro que, al igual que sucede con las funciones públicas, también para estos roles privados la regulación jurídica —en forma de ley o de autonomía contractual, pero en todo caso con el auxilio de garantías— es el principal instrumento de delimitación y de control de los respectivos poderes.

Naturalmente, ningún poder puede ser puramente jurídico, es decir, estar enteramente predeterminado por la ley y totalmente privado de discrecionalidad. Como sabemos, no lo es siquiera el poder judicial, que debería serlo según su modelo teórico. En todos los casos la regulación, la limitación y el control de cualquier poder son siempre una cuestión de grado. Lo cierto es que el progreso de la democracia ha estado siempre determinado, además de por la expansión de los derechos, por el desarrollo de sus garantías, y por tanto por la ampliación del paradigma del estado de derecho al mayor número de ámbitos de vida y de poder, de modo que también en ellos sean tutelados y satisfechos los derechos fundamentales. En efecto, los poderes sin reglas dentro de estos ámbitos son los principales «obstáculos de orden económico y social» que, como dice el primer párrafo del artículo 3 de la Constitución italiana, limitan «de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos». Como se verá

en los próximos epígrafes, el viejo estado liberal, al confundir libertad y poderes privados, preservó el máximo número de estos ámbitos de la intervención del derecho, reservándolos precisamente a la «libertad» del ciudadano: como la casa y la familia, sujetas por largo tiempo a la absoluta potestad del padre y en todo caso a las dinámicas de las relaciones de fuerza internas; la fábrica y los demás lugares de trabajo, donde el derecho no ha entrado por mucho tiempo; las concentraciones de los poderes económicos, que todavía hoy comprometen la competencia y, como la concentración de los medios de información, hasta la libertad de prensa y las formas de la democracia política; los partidos políticos, que cuanto más se independizan de sus bases sociales tanto más se transforman, como se ha visto, en aparatos burocráticos en los que el despotismo interno se entrelaza con el político y parapúblico externo; en fin, el variado conjunto de las instituciones más o menos totales —cárceles, cuarteles, hospitales, monasterios— que han formado por largo tiempo, y en parte forman todavía, ordenamientos particulares dentro del ordenamiento general.

Es evidente que el reconocimiento y la garantía de los derechos de la persona también en estos ámbitos privados —«en las formaciones sociales donde se desarrolla la personalidad», como dice el artículo 2 de la Constitución italiana[97]— exigen una articulación del estado de derecho mucho más compleja que la basada hasta ahora, según el modelo liberal, en la simple diferenciación entre derecho público y derecho privado y en la limitación del primero en la tutela del segundo. Exigen asimismo límites y vínculos normativos no sólo respecto de los poderes del Estado, sino también, mucho más de lo que hoy ocurre, respecto de los poderes de los ciudadanos. No hay en efecto ninguna razón, una vez excluida su confusión con las libertades, para que estos poderes no estén también sujetos a la ley (T10.30-T10.32, T12.133-T12.134) y subordinados a la tutela de los derechos fundamentales y de los intereses públicos y generales, mucho más allá de la clásica y genérica previsión de la prohibición de «causa ilícita» por ser «contraria», como dice el artículo 1343 del Código Civil italiano, «a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres». También los poderes privados, al igual que los públicos, deben en suma ser reconocidos, según el paradigma hobbesiano, como «artificios» o «convenciones», es decir, como «criaturas» de derecho positivo sometidas a la carga de la justificación y de la legitimación, tanto formal como sustancial. Y también su minimización equivale a la maximización de las libertades, y consiguientemente de la igualdad y del valor de las personas, sobre cuya primacía axiológica se basa el estado democrático de derecho.

Distinguiré por tanto dos dimensiones o esferas del constitucionalismo de derecho privado. La primera afecta a los límites a los derechos de autonomía privada por así decir *subjetivos*, como garantía de los *derechos* de otros sujetos con los que sus titulares entran en relación jurídica. Se incluyen en ella todos los límites y vínculos impuestos al ejercicio de

los derechos civiles por el derecho de familia, por el derecho del trabajo y, por otro lado, por la legislación en tutela de los consumidores y del medio ambiente, además de la competencia y por tanto de la misma democracia civil. La segunda dimensión afecta a los límites a los derechos de autonomía privada por así decir *objetivos*, en garantía de los *bienes* indisponibles por estar protegidos como fundamentales o, por el contrario, prohibidos como ilícitos. Se incluyen en ella los límites y vínculos impuestos al comercio, a la distribución, a la producción o a la tenencia de determinados bienes: como la indisponibilidad de los bienes personalísimos en garantía de los derechos de inmunidad de sus propios titulares; la de los bienes comunes o de todos, indisponibles e inapropiables por ser de todos, o de los bienes sociales, igualmente accesibles a todos, en garantía de los derechos a la vida y a la salud; o bien, por otro lado, la de los bienes configurados por la ley como ilícitos, como la droga o las armas, cuya producción o distribución están prohibidas como peligros para el derecho a la vida y la integridad personal de todos.

14.16. *A*) *La familia. Los derechos de las mujeres*

Todo proceso de democratización de los distintos ámbitos de la vida civil ha ocurrido pues, históricamente, a través de la imposición de límites y vínculos legales a las potestades privadas y del establecimiento de garantías primarias y tutelas jurisdiccionales de los derechos fundamentales expuestos a sus violaciones. Examinaré estos procesos, de manera inevitablemente sumaria, tal y como se han desarrollado, a través de la imposición de límites subjetivos a los derechos civiles, en dos de estos ámbitos: *a*) la familia y la casa; *b*) el trabajo y la fábrica. En ambos casos han producido una civilización de micropoderes y microcosmos sociales anteriormente salvajes. Se ha recordado que en los Estados Unidos, en 1875, el único modo que un grupo de vecinos consiguió ingeniar para sustraer a una niña de los maltratos de los padres fue el recurso a las normas sobre la protección de los animales[98]. Todavía hasta hace pocas décadas el Código Civil italiano preveía un verdadero poder penal del padre, que se ejercía con la reclusión de los hijos en establecimientos de custodia especiales, conforme a su inapelable juicio acerca de su «mala conducta»[99]. En cuanto al trabajo, como sabemos bien, han hecho falta dos siglos de luchas obreras para conseguir la limitación, hoy de nuevo discutida y reducida, de los poderes empresariales: de las primeras leyes decimonónicas sobre el horario de trabajo, el trabajo nocturno y el trabajo de las mujeres y los niños hasta los distintos vínculos introducidos el siglo pasado en materia de asistencia, higiene y prevención de accidentes, de justas causas de despido y de derechos y libertades sindicales.

La paradoja del primer liberalismo es en efecto que precisamente el reconocimiento de los derechos civiles y de su papel de garantía de una

esfera privada como esfera de libertad, inmune frente a límites y controles, ha hecho de estos derechos poderes absolutos por encima de los sujetos que pertenecen a «su» esfera. Se ha visto, en los §§ 11.15-11.16 y 14.2, 14.6 y 14.10, que un rasgo distintivo de la civilización jurídica moderna ha consistido en la separación de la «esfera pública», como conjunto de las situaciones que reflejan la *utilitas omnium* —los derechos fundamentales correspondientes a todos y las funciones públicas en el interés de todos— , de las esferas privadas, consistentes en cambio en las situaciones que reflejan la *utilitas singulorum*, bien porque corresponden a los particulares en forma exclusiva como los derechos patrimoniales, bien porque están ligados a su vida íntima y a sus intereses particulares. Así ocurre que la afirmación de los derechos fundamentales de autonomía consiguiente a la emancipación de los hombres de vínculos feudales, al comportar la inmunidad de las esferas privadas frente a límites y controles, se resuelve en su absolutización como derechos-poder incontrolados: sean éstos el poder conyugal y paterno en la familia, o el poder empresarial en los lugares de trabajo.

En la familia, en particular, aquella separación se acompaña, en la primera Edad Moderna, con la exclusión de la mujer de la esfera pública, su relegación a la privada y su total sujeción al hombre[100]. Con la modernización de la esfera pública y con la privatización de las relaciones familiares, la mujer viene en efecto confinada a la casa y consignada a su papel doméstico concebido como «natural». La emancipación de los hombres corresponde y se realiza así junto a la máxima sujeción de las mujeres. Ya que la afirmación de la libertad del individuo es la afirmación del carácter infiscalizable y de la inviolabilidad de su esfera privada. Y de esta esfera privada ha formado parte desde hace mucho, en nuestra cultura y tradición civilista, junto a la propiedad, también la familia; junto a los derechos de libertad y propiedad, también la patria potestad; junto a los bienes, también las personas sometidas a ella, es decir, las mujeres y los niños.

Con aparente paradoja, el nacimiento del Estado y del derecho moderno, que inaugura la época de los derechos, se resuelve así en una reducción de los derechos de la mujer, en su mayor subordinación al hombre —padre o marido— y en su acentuada reclusión en la esfera privada de la casa. Como ha mostrado Maria Teresa Guerra Medici, urbanización y modernización dan lugar, en Italia desde la época de las ciudades medievales, a una restricción de los derechos de las mujeres[101]. Las mujeres, documenta Guerra Medici, tenían de hecho mayores derechos y mayor poder en el mundo rural premoderno, cuando la comunidad doméstica era autosuficiente y no existía una separación tajante entre lo público y lo privado. En la sociedad romana y en la feudal, en efecto, la familia y la patria potestad tenían una dimensión pública, en la que, aun en posición subalterna, participaba también la madre. Si bien el poder patriarcal del padre estaba asimilado en Roma a la soberanía y a la propiedad, en la familia antigua existía una división de papeles en

virtud de la cual la gestión de los asuntos domésticos y el cuidado de los hijos estaban en gran parte confiados a la madre.

En la Edad Moderna, en cambio, precisamente la separación respecto de la esfera privada de una esfera pública como lugar de la igualdad en los derechos, del interés general y del bien común, equivale, más allá del proclamado universalismo, a su constitución como esfera, de hecho, enteramente masculina. El hombre pertenece a lo «público», que le pertenece, mientras que las mujeres son rígidamente excluidas de él, perteneciendo a lo «privado», que es además lo privado del hombre mismo al que ellas pertenecen. Como documentan en Italia muchísimos estatutos desde la época de las ciudades, las mujeres pierden, entonces, todo papel de poder y son puestas bajo la tutela de padres, hermanos y maridos, precisamente en aplicación de los derechos a éstos reconocidos. No son ciudadanas ni capaces de obrar, al estarles impedida la administración de los intereses generales, e incluso de sus intereses personales, por múltiples incapacidades y discriminaciones: ante todo, la incapacidad civil, la incapacidad política, la incapacidad penal e incluso la incapacidad matrimonial, siendo ellas objetos en vez de sujetos de los contratos matrimoniales concluidos por sus familias[102]; luego, la exclusión de las sucesiones, el *ius corrigendi* del cónyuge y su poder de golpearlas y maltratarlas; y, en fin, la angosta regulación disciplinaria de sus cuerpos, de su modo de vestir, de moverse, de hacer gestos, además de la de los tiempos y los lugares de su vida fuera de la casa[103]. Es ésta una paradoja de la Modernidad, signo y producto de la confusión, que he ilustrado varias veces, entre libertad y poderes privados. Se pasa de contrabando como libertades lo que en realidad son las potestades privadas en las que consisten los derechos civiles: no sólo la propiedad, sino también la patria potestad, la potestad conyugal y los poderes, de los que hablaré en el próximo parágrafo, del empleador en la fábrica. La familia y todo el universo doméstico de las relaciones entre hombre y mujer regresan así al estado de naturaleza: son impenetrables, inmunes al derecho porque en ellas la potestad del padre-patrón se identifica con su libertad civil, en este momento salvaje.

En suma, en los orígenes de esta regresión está la idea liberal de la esfera privada —familia y propiedad, relaciones domésticas y mercado— como lugar no ya de relaciones de poder y sujeción, sino únicamente de libertades negativas, es decir, de inmunidades frente al poder, identificado a su vez sólo con el poder político. Incluso la crítica marxiana, como se dijo en el § 11.6, seguirá siendo tributaria de este equívoco, acogiendo también ella la confusión entre libertades y poderes, entre derechos de libertad y derechos civiles, hasta descalificar a los unos no menos que a los otros como vehículos de la desigualdad y la explotación. La inmunidad de la familia, al igual que las del trabajo y el mercado, como esferas de libertad sirve así para fundar el neoabsolutismo de los poderes privados salvajes en la naciente sociedad capitalista y machista. No es casual que este refuerzo del poder masculino sobre

la mujer y la familia se produzca simultáneamente al nacimiento del Estado moderno y del absolutismo regio: *quilibet in domo sua dicitur rex* es la norma fundamental del nuevo orden familiar[104], análoga a la fórmula *rex in regno suo est imperator* que expresa el paso de la comunidad universal cristiana a los Estados nacionales soberanos[105]. Pero el absolutismo de la patria potestad sobrevivirá largo tiempo al final del absolutismo regio, incluso en el viejo estado liberal de derecho. Y esto porque, mientras que la esfera pública es inmediatamente reconocida como artificial y convencional, la esfera privada, en la que las mujeres están relegadas, viene por el contrario concebida como «natural», lugar no ya del derecho sino sólo de la ética y la religión. La familia, afirma todavía hoy el artículo 29 de la Constitución italiana, por lo demás con una palmaria contradicción en los términos, es una «sociedad natural basada en el matrimonio»[106].

Por el contrario, el progreso del derecho de familia se desarrolla, en el siglo pasado, precisamente a través de la superación de estos dos caracteres de la familia: de su carácter «natural» y de su fundamentación en el «matrimonio». Ante todo, se ha reducido el papel constitutivo del matrimonio, que ha dejado de ser el presupuesto necesario de la familia: en casi todos los ordenamientos avanzados la familia de hecho y los hijos naturales, en un pasado no lejano calificados como «ilegítimos», se han equiparado sustancialmente a la familia y a los hijos legítimos, mientras que el matrimonio se ha convertido en disoluble gracias a la introducción del divorcio; y se han elaborado incluso formas de regulación jurídica de las meras uniones de hecho, basadas en el reconocimiento de muchos derechos de sus componentes[107]. En segundo lugar, se ha reducido el carácter meramente «natural» de la familia, a través de una expansión de su dimensión pública ligada a la afirmación y la garantía de los derechos fundamentales de sus miembros: de los derechos de los menores y los niños, garantizados en formas cada vez más penetrantes por el derecho de menores, y de los derechos de las mujeres, al fin emancipadas, en tiempos relativamente recientes, de sus seculares discriminaciones. En Italia, hasta 1975, con la reforma del derecho de familia, no se abolió la «tutela marital»[108]. En suma, se ha realizado en el plano normativo —en la familia, como por lo demás en el trabajo— la igualdad jurídica formal proclamada desde las primeras declaraciones de derechos pero que había permanecido siempre ampliamente inefectiva[109].

Sin embargo, a mi juicio, una plena emancipación de la mujer en la esfera civil sólo se alcanza con la despenalización del aborto, producida en Italia, sustancialmente, con la ley 194/1978, de 22 de mayo[110]. Gracias a esta ley la mujer adquiere enteramente un «ámbito privado» *propio*, esto es, según la fórmula de Mill, la soberanía sobre su propio cuerpo y su propia persona. No pertenece ya al ámbito privado del hombre, es decir, a la esfera privada de la autonomía masculina, y tampoco a la esfera pública tal y como se manifiesta en la pretensión penal de la tutela del embrión (si por la mujer) no destinado a nacer, pero es ella

misma la titular del derecho personalísimo sobre su cuerpo y por tanto de la autodeterminación de la maternidad. Este derecho de autonomía, limitado al tiempo necesario y suficiente (tres meses, en la ley italiana) para una decisión responsable, es un derecho fundamental, al ser de un lado, en negativo, un corolario de la libertad personal, que no puede dejar de comportar la inmunidad del cuerpo de la mujer ante esa singular servidumbre física que es la constricción para convertirse en madre, y de otro lado, en positivo, como se dijo en el § 7.3, un derecho-poder de generar, es decir, de pensar y querer al embrión como persona, que es un poder por así decirlo *constituyente*, creativo de la personalidad del *nasciturus* no menos que de su cuerpo, expresión de una potencia natural inherente únicamente a la diferencia femenina. Por eso es sólo un derecho de las mujeres, respecto del cual hombres y mujeres no son jurídicamente iguales. No se trata de una contradicción o de una excepción, sino de una implicación del principio normativo de la igualdad. En efecto, ese derecho sobre el propio cuerpo pertenece a las mujeres de manera exclusiva precisamente porque en materia de gestación no son iguales a los hombres y es sólo devaluándolas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación, en contraste con la máxima kantiana según la cual ninguna persona puede ser usada como medio para fines no propios[111], como aquel derecho puede ser negado o incluso compartido con los potenciales padres: cuya voluntad, si condicionara la legitimidad de la decisión de no traer al mundo un hijo a través de un cuerpo femenino, equivaldría al poder sobre el cuerpo de otra persona y violaría por tanto al mismo tiempo la libertad de la mujer y el igual valor de las personas.

Más allá de la emancipación femenina conseguida con la conquista de todos los derechos fundamentales, la igualdad entre los sexos sigue siendo todavía, sin embargo, un principio normativo ampliamente inefectivo. La historia de las discriminaciones de las mujeres no remite sólo a un lejano pasado, sino que se extiende también al presente, dado que esas discriminaciones, aun superadas en el plano jurídico, persisten en la vida cotidiana bajo forma de modelos culturales y de prácticas sociales: no ya como normas sino como «hechos», en violación, precisamente, del principio normativo de igualdad. Los derechos políticos, por ejemplo, como todos los derechos civiles de acceso al mercado de trabajo y a las profesiones, aun estando adscritos a todos en igual medida, son a su vez principios normativos, violados de hecho por las evidentes discriminaciones que favorecen a los hombres en perjuicio de las mujeres. De ahí la necesidad de garantizarlos, a través de las garantías en materia de trabajo y de acceso a los cargos públicos de que hablaré en el parágrafo que sigue.

14.17. *B) El trabajo. Poderes empresariales y derechos de los trabajadores. La relación de trabajo como relación pública*

Una evolución análoga, interrumpida sin embargo en los últimos veinte años, caracteriza el desarrollo de las relaciones laborales. Ciertamente, con la afirmación de los modos de producción capitalistas, los derechos civiles de autonomía, sobre cuyo ejercicio se basan tales relaciones, comportaron una emancipación del trabajador de los vínculos serviles que habían caracterizado al trabajo premoderno. Pero precisamente la forma contractual de la relación de trabajo se resuelve en una profunda asimetría de poder, y vale para producir y legitimar, tras la pantalla de la autodeterminación negocial, una sujeción del trabajador al poder del empleador que, en los orígenes del capitalismo, fue prácticamente absoluta[112].

Toda la historia del derecho del trabajo ha sido, hasta hace pocos años, la historia de una progresiva limitación de este poder. En contraste con el esquema civilista del libre contrato, en las relaciones laborales se ha introducido una larga serie de derechos fundamentales de los trabajadores respecto de los empresarios y en los lugares de trabajo: *derechos civiles* y *políticos*, como los derechos a la libre organización sindical y a la contratación colectiva, el derecho de huelga, el derecho a no ser despedido sin justa causa, y además los muchos derechos relativos a la sustancia de la relación, como a una retribución justa, al descanso semanal, a las vacaciones, a una duración máxima de la jornada laboral y a la indemnización por despido; *derechos de libertad*, como la inmunidad de discriminaciones políticas y sindicales, la libertad de manifestación del pensamiento y las libertades de asociación y reunión en los lugares de trabajo; *derechos sociales*, como los derechos a la asistencia sanitaria y a la previsión en caso de accidente, enfermedad, invalidez, vejez y paro involuntario. Se trata, en todos los casos, de derechos fundamentales por ser universales, al estar atribuidos, como en la Constitución italiana, a todos los trabajadores, y por ser indisponibles, al estar sustraídos inderogablemente a la autonomía privada[113].

Cada uno de estos derechos ha sido el fruto de una conquista legislativa obtenida con largas y duras luchas sociales. Casi todos fueron luego consagrados en las constituciones de la segunda posguerra, comenzando por la italiana. En Italia, en particular, un largo elenco de tales derechos fue sancionado además, con las respectivas garantías, por la ley 300/1979, de 20 de mayo, conocida con el nombre de «Estatuto de los derechos de los trabajadores»[114]. Gracias a estas leyes, los derechos fundamentales, tradicionalmente reservados a las relaciones entre ciudadanos y Estado, entraron en las relaciones y los lugares de trabajo, originariamente sustraídos, en tanto que relaciones y lugares «privados», a la sujeción al derecho y a la garantía de los derechos. A la tradicional dimensión vertical de los derechos fundamentales, como derechos del individuo respecto del Estado, se ha añadido así su dimensión horizontal: como derechos respecto de otros particulares, dentro de las

«formaciones sociales», como las llama el artículo 2 de la Constitución italiana, «donde se desarrolla su personalidad». El lugar de trabajo, al igual y mucho antes que la casa y la familia, ha dejado por ello de ser un simple lugar privado —la propiedad inmobiliaria del empleador— y se ha convertido en un lugar público. Y ha adquirido una dimensión pública también la relación de trabajo, dentro de la cual el trabajador ha dejado de ser una mercancía al convertirse, respecto del empleador, en sujeto no ya sólo de derechos patrimoniales sino también de derechos fundamentales: es decir, de derechos inviolables y no negociables, leyes del más débil como alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia, límites y vínculos a aquella «libertad salvaje y sin ley», como la llamó Kant, que proviene, fuera de «un estado jurídico»[115], del vacío de derecho y de derechos.

Se ha producido pues una lenta y progresiva metamorfosis de la relación de trabajo, de relación puramente contractual, basada solamente en la autonomía privada y en el libre intercambio entre salario y trabajo, a relación caracterizada por predominantes connotaciones jurídico-públicas. La «esfera pública», se recordará, incluye cualquier situación universal, comenzando por los derechos fundamentales, como lo son los derechos de los trabajadores aquí recordados (D11.36, T11.138). Por eso, el injerto de estos derechos en la vieja relación negocial de trabajo provocó un cambio de paradigma en ésta, alterando sus originarios rasgos jurídico-privados y confiriéndoles una *dimensión pública* y *constitucional*. Si es cierto en efecto que la esfera pública es la esfera de los intereses de todos y por ello también de las garantías de los derechos fundamentales (T11.142, T11.143), mientras que la esfera privada es por el contrario la esfera de las desigualdades generadas por el ejercicio en el mercado de los derechos patrimoniales, en la naturaleza fundamental de los derechos involucrados en una relación jurídica está el parámetro de su carácter público. Debemos reconocer por ello que son «públicas» y están sustraídas a la lógica del mercado, aunque se mantengan entre particulares, todas aquellas relaciones —las de trabajo no menos que las familiares de las que acabo de hablar— que se producen entre derechos fundamentales y prohibiciones y obligaciones correspondientes como límites y vínculos igualmente fundamentales (D11.24 y D11.25); mientras que son «privadas» y están sometidas a las leyes del mercado, aunque implican al Estado y a otros sujetos públicos, todas las relaciones y las actividades que inciden solamente sobre situaciones singulares como son los derechos patrimoniales (T11.137, T.11.145). La relación de trabajo es consiguientemente una relación compleja: pública en la medida en que está vinculada por derechos fundamentales, inviolables e indisponibles; privada sólo por la parte que afecta a derechos patrimoniales, disponibles y transigibles.

La cuestión no es de palabras. La doctrina laboralista y administrativista ha anclado siempre la naturaleza pública de la relación de trabajo y del estatuto jurídico del trabajador —el «empleo público», precisa-

mente— no ya al objeto de la relación, es decir, al trabajo mismo y a sus respectivos derechos, sino únicamente a sus sujetos, es decir, a la naturaleza pública del empleador y/o de los trabajadores conforme a las potestades públicas conferidos a éstos[116]. Naturalmente, el segundo de estos aspectos subjetivos de la relación le confiere un ulterior y específico rasgo jurídico-público y exige por ello garantías específicas de estabilidad en tutela de la imparcialidad y la independencia de las funciones públicas ejercidas. El caso límite es el de los jueces, cuya independencia suele estar constitucionalmente garantizada por su inamovilidad. Pero alguna autonomía e imparcialidad vienen exigidas, como se ha dicho en los §§ 14.10-14.12, por todas las funciones de garantía y, en general, por todas las que, a través de actos de poder, inciden sobre los derechos de los ciudadanos. El ejercicio de tales poderes exige en efecto *funcionalmente*, para garantía de los ciudadanos, un cierto grado de independencia respecto de condicionamientos de poder incompatible con el paradigma jurídico-privado del trabajo dependiente. Pensemos en qué se convertiría la escuela si la enseñanza fuera sometida, como hoy algunos quisieran, a las cuotas entre partidos o a las dinámicas del mercado y si los docentes fueran admitidos o despedidos conforme a valoraciones, inevitablemente arbitrarias, sobre los contenidos de su enseñanza.

Pero más allá de estos específicos aspectos subjetivos, es la naturaleza del objeto de la relación de trabajo —precisamente el trabajo de las personas y el conjunto de los derechos fundamentales con él conectados— la que le confiere carácter público. Las conquistas legislativas y después la constitucionalización de tales derechos —y, en Italia, del trabajo mismo, asumido por el primer artículo de la Constitución como «fundamento» de la República— son en efecto incompatibles con la configuración jurídico-privada de la relación de trabajo. Gracias a ellas, el trabajo no es ya configurable como una mercancía, intercambiable y fungible, sino como una dimensión y una manifestación de la persona, al igual que el pensamiento y la palabra; y el trabajador, incluso después del trabajo, no es ya en ningún sentido un objeto de la potestad del empleador, al ser, respecto de éste, sujeto de derechos fundamentales que exigen garantías contra sus lesiones. Constitución y estatuto de los trabajadores, al injertar estos derechos en la disciplina de la relación de trabajo, han trasladado tal relación a la esfera pública, incluso en los casos en que tienen carácter privado el empleador y la actividad laboral desarrollada. Al mismo tiempo, el valor constitucional del trabajo, el reconocimiento de la asimetría de poder entre las dos partes de la relación y del carácter colectivo de la parte más débil, exigen en favor de ésta, en apoyo de su relación de trabajo individual, formas de contratación y de tutela a su vez colectivas.

De ahí se ha seguido por tanto un cambio de paradigma de la relación de trabajo subordinado respecto de su originario modelo jurídico-privado[117]. De este cambio, sin embargo, la doctrina laboralista, sobre todo reciente, está bien lejos de tomar consciencia y de extraer las debidas consecuencias. Piénsese en una cuestión debatida en Italia en los

años noventa, tras haberse agotado, y como veremos después invertido, la fase garantista del derecho del trabajo: la de la unificación del derecho del trabajo a través de la previsión, en cumplimiento del principio de igualdad, de una única disciplina de las relaciones de empleo público y de las de trabajo privado. Esta unificación, debido a la reafirmación de la concepción contractualista de la relación de trabajo en la cultura política corriente, ha sido serenamente entendida como restitución de todas estas relaciones a las dinámicas jurídico-privadas del mercado y realizada —por la ley delegada 421/1992, de 23 de diciembre por el decreto legislativo 29/1994, de 23 de marzo, y después por el decreto legislativo 165/2001, de 30 de marzo— con la privatización del empleo público ya recordada en el § 14.11. El reconocimiento del carácter público del trabajo, como expresión él mismo de un derecho fundamental tutelado por una larga serie de otros derechos fundamentales y por tanto indisponibles, habría en cambio impuesto —y todavía hoy impone— una inversión de esta perspectiva: que la unificación del estatus jurídico de todos estos trabajadores, permaneciendo firmes las garantías específicas de estabilidad y de independencia para aquellos que en mayor medida desarrollan funciones públicas, se produzca no ya con la remisión al mercado de todas las relaciones de trabajo sino, al contrario, con su explícita publificación y su general sujeción, independientemente de la naturaleza del empleador, a vínculos de derecho público establecidos por ley, en garantía de los derechos fundamentales de las personas implicadas en dichas relaciones[118].

Esto significa trazar una rígida línea de confín entre legislación y contratación, sea individual o sindical. Son materia de legislación constitucionalmente vinculada, inderogable por la autonomía privada individual y colectiva, todos los derechos fundamentales de los trabajadores y las correspondientes garantías: de la prohibición de despido sin justas causas legalmente predeterminadas al límite máximo de los tiempos de trabajo; de la justa retribución, garantizada por mecanismos de adecuación a la inflación efectiva, como los asegurados en Italia por la vieja «escala móvil»[119], a la previsión y la asistencia sanitaria y a las garantías en materia de higiene y prevención de los accidentes; de las libertades políticas y sindicales en los lugares de trabajo a la inmunidad respecto de controles lesivos de la persona o de sanciones disciplinarias arbitrarias. Son en cambio materia de contratación —en primer lugar colectiva, conforme al carácter igual y colectivo de las prestaciones y de las relaciones de trabajo, y sólo individual en vía subsidiaria— el alcance del salario más allá de la justa retribución y los demás elementos disponibles de la relación. En suma, la contratación en materia de trabajo, tanto individual como colectiva, es como la decisión política de mayoría: no puede derogar los derechos fundamentales, que son sus límites, sus vínculos y sus condiciones de legitimidad.

De ahí se sigue, en contraste con los procesos involutivos de los que hablaré en el próximo parágrafo, la necesidad de revalorizar el papel de

la ley en el derecho del trabajo como técnica insustituible de garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores. La concertación social y la contratación colectiva son ciertamente el primer paso en dirección a la conquista de nuevos derechos; y se han de restablecer en todo caso su papel y extensión respecto de la contratación individual, que hoy ha vuelto a sustituirla en gran parte de las nuevas figuras de trabajo atípico. Pero es claro que una garantía segura y estable de tales conquistas, más allá de las mudables relaciones de fuerza, sólo puede ser asegurada por su consagración en derechos fundamentales, es decir, en normas téticas generales y abstractas, además de supraordenadas al contrato. En estos años en cambio, en paralelo a la exaltación de las privatizaciones, hemos asistido a la apología de la deslegalización y a la descalificación de la ley en oposición al contrato como fuente más flexible y de mayor adherencia a la voluntad de las partes, justo allí donde los espacios legítimos de la contratación no comportan que la ley pueda ser desposeída de lo que es su papel primario e insustituible: el de leyes de desarrollo de la constitución, en garantía de los derechos fundamentales de los sujetos más débiles en ella establecidos.

La dimensión pública del trabajo en las democracias constitucionales implica pues, y al mismo tiempo está implicada y confirmada por, una doble derogación del viejo esquema jurídico-privado: *a*) por los límites impuestos por la constitución a la ley y por la ley a la contratación en garantía de los derechos de los trabajadores; *b*) por la naturaleza colectiva de gran parte de los actos y los derechos que concurren en la formación de la relación de trabajo. Gracias a estas dos clases de derogaciones y de principios, que en las democracias avanzadas suelen tener rango constitucional, el trabajo no puede ser tratado como una mercancía, al ser un elemento fundamental de la identidad y la dignidad de la persona, factor de su supervivencia y, a la vez, rasgo constitutivo de la democracia civil.

La primera derogación consiste en las normas de derecho público dirigidas a limitar, con los poderes del empleador, la explotación del trabajo según la pura lógica del mercado, inevitablemente destinada a hacer caer los salarios a los mínimos vitales. En Italia esta derogación está solemnemente expresada por el primer artículo de la Constitución, según el cual «Italia es una República democrática fundada en el trabajo»; por el artículo 35, según el cual «la República tutela el trabajo en todas sus formas y aplicaciones»; y por los artículos 36, 38, 39 y 40, que establecen una serie de derechos fundamentales del trabajador equivalentes a otros tantos derechos civiles en la relación de trabajo: el «derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y en todo caso suficiente para asegurar para él y su familia una existencia libre y digna»; el derecho a un horario de trabajo que no supere «la duración máxima de la jornada laboral establecida por la ley»; el derecho, al que el trabajador «no puede renunciar», «al reposo semanal y a vacaciones anuales retribuidas»; el «derecho a que se prevean y aseguren medios

adecuados a las necesidades vitales en caso de accidente, enfermedad, invalidez y vejez o paro involuntario»; la libertad de «organización sindical» y el «derecho de huelga». En todos los países civiles además, por el empuje de las luchas obreras y sindicales, se ha introducido una amplia serie de derechos de libertad y de derechos sociales dirigidos a limitar, también en los lugares de trabajo, la sujeción del trabajador, incluso voluntaria, al poder patronal. En fin, como garantía de la igualdad, se han excluido en vía de principio, en las ofertas de empleo, discriminaciones indebidas: por motivo de sexo, de las opiniones políticas o sindicales o de otras condiciones personales o sociales. Pero es claro que a tal fin no basta la simple prohibición de discriminación, eludida de hecho por decisiones cuyo carácter discriminatorio es a menudo imposible de comprobar. Para remover o al menos para reducir las discriminaciones de las diferencias hacen falta en cambio los dos tipos de garantías distinguidas en el § 11.14: las *garantías negativas*, dirigidas a ocultar la diferencia, por ejemplo, de sexo o de opiniones políticas, para que *no tenga relevancia*, como en Italia lo han sido, por mucho tiempo, la prohibición de las ofertas de empleo de trabajadores mediante llamada nominativa en lugar de a través de las oficinas de empleo, la prohibición de despido injusto y la garantía de alguna estabilidad de la relación de trabajo[120]; y las *garantías positivas*, dirigidas en cambio a evidenciar la diferencia para que *tenga relevancia*, como las ofrecidas por las llamadas «acciones positivas», el recurso a las cuales es obligado si se reconoce que *de hecho* existen, por ejemplo, entre mujeres y hombres, discriminaciones en el acceso al trabajo o a los empleos públicos no justificadas por razones de mérito[121].

La segunda derogación del paradigma jurídico-privado está representada por la autonomía colectiva y por formas igualmente colectivas de autotutela. Para compensar la disparidad de fuerza contractual entre empleadores y trabajadores individuales, se reconoce al conjunto de los trabajadores —en cuanto tales, en cuanto pertenecientes a un mismo sector productivo o en cuanto dependientes del mismo empleador— una subjetividad colectiva que, en cuanto sujetos colectivos (D3.8, T3.46, T7.78, T7.81, T7.83), les ponga en condiciones de competir con los empleadores a nivel nacional, de categoría o de empresa. Esta subjetividad colectiva viene garantizada y realizada bajo dos perfiles: por un lado, con la forma a su vez colectiva de los contratos de trabajo (T3.47, T7.79, T7.82 y T7.84) que en nombre y por cuenta del conjunto de los trabajadores resultan estipulados por aquellos específicos sujetos colectivos representativos que son las organizaciones sindicales; por el otro, con la forma igualmente colectiva (T3.47, T7.80, T7.82 y T7.84) de específicos derechos civiles adscritos a los trabajadores, como la libertad de organización sindical y el derecho de huelga.

14.18. *La precarización actual de las relaciones de trabajo. Por un nuevo garantismo jurídico-laboral*

Toda esta ordenación de las garantías del trabajo está hoy amenazada y en gran parte trastocada por las enormes transformaciones producidas en los últimos veinte años en las relaciones de trabajo y tenazmente buscadas, en casi todos los países occidentales, tanto por el mundo empresarial como por las fuerzas políticas: la reducción masiva del área del trabajo dependiente por tiempo indeterminado y el crecimiento correlativo del área del trabajo discontinuo, flexible y precario.

Esta transformación del trabajo se ha manifestado en la tendencial eliminación tanto de su dimensión colectiva como de su dimensión jurídico-pública y en su regresión a la condición de mercancía en el mercado. Ha afectado ante todo al *contrato de trabajo* a través de la tendencial sustitución de la contratación colectiva por la contratación individual[122]. Ha producido consiguientemente una fragmentación de las *relaciones de trabajo* a través de la progresiva sustitución del viejo trabajo asalariado por una cantidad virtualmente ilimitada de trabajos atípicos: por tiempo determinado, a tiempo parcial, de carácter interino, a domicilio, conforme a contratos de formación laboral, de aprendizaje, de teletrabajo, de colaboración coordinada y continua, además de los múltiples tipos de trabajo jurídicamente autónomo pero económicamente dependiente, aparte del trabajo negro e informal. Ha desordenado también los *tiempos de trabajo*, no ya indeterminados y establecidos en cuanto a la duración de la relación y determinados y ciertos en cuanto al horario de trabajo, sino al contrario determinados y precarios bajo el primer aspecto e indeterminados e inciertos bajo el segundo[123]. En fin, ha debilitado y a veces disuelto el conjunto de las *garantías del trabajo*, de las internas a la relación de trabajo, como las vacaciones, el horario, el descanso semanal, los permisos sindicales, la justa retribución y la prohibición de despido sin justa causa, a las externas a ella y sin embargo conectadas, como las pensiones, la indemnización por terminación de la relación, los permisos en caso de enfermedad o de embarazo. En suma, la empresa moderna ha renunciado en gran parte a las relaciones de trabajo jerarquizadas propias de la gran fábrica y se ha orientado hacia formas para ella más convenientes de contratación del resultado, según el esquema del trabajo pseudo-autónomo que, tras la formal autonomía de las partes, oculta la desaparición de las viejas garantías y la regresión del trabajo a las formas de explotación y sujeción propias del primer capitalismo.

Los factores de esta profunda reestructuración son múltiples. Ante todo, se ha verificado un cambio en las formas de producción, que se ha manifestado en la crisis de la gran fábrica y de su conexo modelo fordista y taylorista propio de la industria manufacturera. La crisis ha sido provocada por el desarrollo de las tecnologías informáticas, por la flexibilización de la producción en estricta adherencia a la elasticidad de la de-

manda, por su «externalización» y fragmentación en pequeñas empresas —hasta el límite extremo de la empresa individual, donde el trabajador resulta ser empresario de sí mismo y por así decirlo autoexplotado— en paralelo al desarrollo de grandes concentraciones financieras de nivel transnacional[124]. De ahí se han seguido, por un lado, una contracción del mercado de trabajo asalariado y un aumento de la flexibilidad de las relaciones de trabajo, tanto en las formas de su creación como en las de su terminación; por el otro, un declive de las viejas formas de socialización y de los lugares tradicionales —de la gran fábrica a las organizaciones sindicales— de la autotutela y de la solidaridad de clase.

Un segundo factor de la transformación del trabajo ha sido la liberalización de los mercados. La competición en el mercado global y la reducción de precios por ella provocada se han realizado, por ejemplo en Italia, mucho más que mediante la innovación tecnológica y la mejora cualitativa de la producción, mediante un desplome del coste del trabajo —es decir, de los salarios y de los niveles de ocupación—, junto al de las tradicionales garantías, la primera de ellas la de la estabilidad de los puestos de trabajo[125]. Pero sobre todo inmigraciones y movilidad de los capitales han operado como factores de progresiva reducción de los salarios y de aumento de la precariedad y la explotación global del trabajo. En dos direcciones: en primer lugar en el mercado del trabajo interno, donde la inmigración, mientras que empobrece ulteriormente a los países de emigración, produce, sobre todo si es clandestina, un crecimiento de la oferta de trabajo en cualesquiera condiciones, incluso vejatorias; en segundo lugar en el mercado del trabajo laboral, a causa de los traslados masivos de actividades productivas llevados a cabo por las grandes empresas a los países más pobres, donde es posible retribuir el trabajo con salarios bajísimos y sin garantías de ningún tipo.

El tercer factor del cambio ha sido el triunfo, incluso entre los tradicionales partidos laboristas y socialistas, de la ideología neoliberal de la primacía de la ley del mercado también en materia de trabajo: diría, incluso, sobre todo en materia de trabajo, dado que las consignas neoliberales, que en muchas actividades comerciales no han pasado de ser proclamas ideológicas —piénsese sólo en las grandes concentraciones en materia de información y en las políticas proteccionistas puestas en práctica en tutela de sus productos agrícolas por los países ricos frente a los países pobres—, se han aplicado de la manera más inflexible sobre todo al mercado del trabajo, que ha resultado así ser uno de los mercados más liberalizados y globalizados. Conforme a esta ideología no solamente se ha venido afirmando la contratación individual en lugar de la colectiva. Más en general, todos los derechos primarios y las garantías del trabajo se han concebido como costes no siempre tolerables para las empresas, derogaciones inadmisibles de la ley del mercado, cláusulas variables y disponibles del contrato de trabajo, en contraste tanto con el principio de su indisponibilidad como con el de su supraordenación a los derechos-poder secundarios de autonomía civil.

El cuarto factor, que sigue a los tres primeros, ha sido la erosión del viejo derecho del trabajo buscada por la mayor parte de los gobiernos. En vez de defender los derechos de los trabajadores y contrarrestar las culturas políticas y las tendencias económicas en curso, las legislaciones de casi todos los países europeos han secundado éstas, con el aval de gran parte de la cultura laboralista, rápidamente fascinada por el verbo neoliberal[126]. Bajo la enseña de la idea, que se ha revelado al fin y al cabo ilusoria, de que la «flexibilidad» provocaría un aumento de la ocupación, se ha procedido así a una masiva desregulación del mercado del trabajo, en su entrada y en su salida, que se ha resuelto de hecho, con la codificación de las miríadas de trabajos atípicos y con el desarrollo del llamado trabajo «autónomo», en una legalización de las viejas formas de trabajo negro e informal.

Las consecuencias de estos procesos han sido la reducción de los salarios, la decadencia de las garantías de los derechos de los trabajadores, el aumento de la explotación y de la precariedad del trabajo y de la existencia, el desarrollo de las desigualdades y de la conflictividad entre trabajadores que realizan las mismas prestaciones, en fin, la irresponsabilización de la política y de la esfera pública que han abdicado de su papel de gobierno de las dinámicas del mercado y de garantía de los derechos fundamentales. El mercado del trabajo, también a causa del creciente paro, ha visto acentuarse así la competencia y la división entre los trabajadores garantizados y las muchas clases de trabajadores no garantizados. Con los efectos perversos provocados además por la multiplicación de las figuras de trabajo atípicas y precarias —se han llegado a contar, en Italia, casi cincuenta de ellas— en el desarrollo de la economía y en la propia productividad del trabajo: por la disipación y la destrucción, como consecuencia de la expulsión de trabajadores del mercado de trabajo, de enteros patrimonios de conocimientos y competencias técnicas y profesionales; por la contracción del consumo y por tanto de las inversiones consiguiente al descenso de los salarios y al empobrecimiento de los trabajadores; por la desaparición de todo sentido de pertenencia de los trabajadores a las empresas; por el aumento de los costes de gestión y por las dificultades administrativas y organizativas generadas a las compañías por las decenas de relaciones de trabajo, distintas en cuanto a la naturaleza y la duración de la relación, al horario, a la retribución y al estatus de los trabajadores.

Pero es sobre todo la relación entre capital y trabajo la que ha resultado perturbada. La flexibilización de las relaciones de trabajo se ha resuelto de hecho, en la sustancia, en una general y gigantesca deslocalización de riesgos, costes y poderes en perjuicio de los trabajadores y en beneficio de las empresas: ante todo de los *riesgos de empresa*, gracias a la movilidad del trabajo en el que se descarga, en forma de subocupación o de desocupación endémica, la incertidumbre del futuro; en segundo lugar, de los *costes de empresa*, por causa de la disminución tendencial de los salarios y del correlativo aumento de los beneficios generados

por la nueva competencia entre trabajadores; en fin, del *poder dentro de las empresas*, merced a la disminución o, peor, la anulación del poder contractual de los trabajadores y a la sustitución del conflicto colectivo de clase entre trabajadores y empresarios por el conflicto individual y competitivo entre trabajadores.

La precariedad del trabajo está actuando así como el principal factor de disolución del derecho del trabajo y, a la vez, de la subjetividad colectiva de los trabajadores, fragmentada por las miríadas de nuevas y distintas relaciones de trabajo. El derecho a alguna estabilidad en el trabajo, que es un corolario del «derecho al trabajo» establecido por ejemplo por la Constitución italiana, se ha revelado en realidad como el presupuesto de cualquier otro derecho de los trabajadores —el que Hannah Arendt ha llamado el «derecho a tener derechos»[127]—, de los derechos y las garantías del trabajador individual a las formas de la autotutela y la autonomía colectiva a través de las organizaciones sindicales: en dos palabras, como la precondición de ambas dimensiones de la relación de trabajo, la jurídico-pública y la colectiva, ilustradas en el parágrafo que precede como otros tantos contrapesos de la mayor fuerza contractual del empleador.

El argumento con el que se suele avalar este reflujo de la relación de trabajo hacia el seno del derecho privado, según el antiguo esquema del contrato individual, es el valor atribuido por las ideologías neoliberales al derecho civil de autonomía empresarial tal y como está por ejemplo previsto, en la Constitución italiana, por el artículo 41: «La iniciativa económica privada es libre». Es un argumento jurídicamente insostenible, tanto en el plano dogmático como en el plano teórico. Ante todo, la libre iniciativa económica encuentra el límite fundamental, establecido en el primer párrafo del mismo artículo 41, conforme al cual «no puede desarrollarse en contraste con la utilidad social o de modo que produzca daño a la seguridad, la libertad o la dignidad humana» de los trabajadores, los cuales no son cosas sino personas. Pero, sobre todo, la idea de que la libertad de empresa esté en concurrencia o en conflicto con el valor constitucional del trabajo o con los derechos de los trabajadores refleja la falacia teórica varias veces puesta de relieve: la llamada «libertad» es un derecho civil, es decir, un derecho-poder cuyo ejercicio es en todo caso de grado subordinado a las normas constitucionales por las cuales está establecido, además de a las normas del mismo nivel que enuncian los demás derechos fundamentales.

Son, pues, los dos rasgos jurídico-públicos de la relación de trabajo ilustrados al final del parágrafo que precede —los derechos fundamentales de los trabajadores y su subjetividad colectiva— los que han de ser restaurados y reforzados si se quiere restituir al trabajo su valor constitucional de fundamento de la democracia civil. Y esto puede producirse, en ambos casos, sólo con la superación de la precariedad del trabajo. Lo que vale sin duda para los derechos fundamentales, cuya garantía supone la reafirmación —como derechos a tener derechos, según se ha

dicho— de la relación de trabajo por tiempo indeterminado, junto a la prohibición del despido sin justas causas exactamente predefinidas, a la obligación de la readmisión del trabajador injustamente despedido y, por otro lado, al establecimiento de un sistema informativo público en condiciones de favorecer, gracias a técnicas informáticas, el encuentro entre las específicas «necesidades de competencias» de las empresas y las «competencias poseídas» por las personas en busca de trabajo[128]. Ya que es evidente que ningún derecho —la duración máxima del horario laboral, el descanso semanal, las vacaciones, los derechos de huelga y de organización sindical, la misma magnitud de la retribución— es seriamente exigible frente a la amenaza, siempre presente, de la no renovación del contrato por tiempo determinado o del despido arbitrario. Es precisamente la precariedad la que hace del trabajo una mercancía fungible en el mercado, privándolo de todas las garantías conquistadas durante más de un siglo de construcción del derecho laboral. Y esta precariedad puede ser limitada de un lado por nuevas garantías legales de estabilidad y del otro por incentivos fiscales o de otra naturaleza a las empresas que la favorezcan mediante contratos de trabajo por tiempo indeterminado.

Lo mismo se puede decir de la subjetividad colectiva y de las formas de autotutela ligadas a ella. No hay subjetividad colectiva ni mucho menos solidaridad, sino si acaso competencia y competición, allí donde las relaciones de trabajo se basan en contratos individuales diferenciados entre sí en todo salvo en su común y general precariedad. Menos que nunca son posibles en tal caso formas de autotutela colectiva, comenzando por la huelga. Es claro que esta crisis de la dimensión colectiva de las tutelas es igualmente una consecuencia de la precariedad del trabajo, dado que las garantías sindicales, y más en general todas las formas de subjetividad y de autotutela colectiva, no son fácilmente realizables en trabajos fuertemente individualizados y diferenciados que quedan consiguientemente privados de todas las demás garantías. Se confirma así el principio general de que en una relación jurídica asimétrica, como típicamente lo es la relación de trabajo, la tutela de la parte débil no puede ser confiada al solo ejercicio de sus derechos de autonomía civil, sino que exige el apoyo de fuentes heterónomas como la ley y el convenio colectivo. De aquí la necesidad —además de formas nuevas de organización y de representación sindical de los nuevos tipos de trabajo pseudo-autónomo— de una restauración del papel garantista de la ley y de la negociación colectiva y de una redefinición de sus esferas de competencia respecto de la contratación individual. Ante todo han de reservarse a la ley, como ley de desarrollo de la constitución, y sustraídas a la negociación, todas las garantías de los derechos fundamentales, comenzando por la regulación del tiempo de trabajo —en el doble sentido ya indicado: el de la duración de la relación y el del horario laboral— que «influye sobre el conjunto de la vida humana», incide sobre el «interés general de la sociedad» y no puede por tanto estar confiada a la contratación, ni todavía menos a la arbitrariedad patronal[129]. Y ha de rehabili-

tarse en segundo lugar el papel de la contratación colectiva como fuente subordinada a la ley y orientada a garantizar, respecto de la contratación individual a su vez subordinada a ella, niveles mínimos y universalmente vinculantes tanto de salario como de condiciones de trabajo.

Es sólo conforme a su compatibilidad con esta doble restauración de las fuentes de regulación de las relaciones de trabajo —la garantía de todos los tradicionales derechos de los trabajadores y la autotutela colectiva— como ha de valorarse, en la perspectiva de una refundación garantista de todo el derecho del trabajo, la legitimidad constitucional de los distintos trabajos atípicos e informales. Y es esta doble restauración, a mi modo de ver, la que permite conciliar las dos tendencias opuestas entre las que hoy oscila la cultura laboralista progresista: la hipótesis «monista» de una reunificación normativa de todo el mundo del trabajo, conforme a una redefinición y un relanzamiento del tradicional modelo del trabajo subordinado, y la hipótesis «pluralista» de una rearticulación del sistema de las protecciones que afronte la realidad difícilmente reversible del actual mercado del trabajo y que a la vez respete el derecho de la persona a la elección del trabajo, estableciendo para los distintos tipos de trabajo garantías diversificadas en las formas pero generalizadas en la sustancia[130]. Lo que cuenta, en realidad, es la restauración de un modelo unificado de las garantías de los derechos de los trabajadores —más allá de las distintas formas y grados de autonomía o de subordinación, de movilidad o de estabilidad de las relaciones laborales—, además del desarrollo de un fuerte sistema de garantías de los derechos sociales, comenzando por la prestación de una adecuada renta básica como condición de cualquier tipo de flexibilidad del trabajo.

Está, en fin, la dimensión internacional del problema del trabajo, generada por la globalización del mercado laboral tal y como se manifiesta, según se ha dicho antes y se verá mejor en el § 16.11, en la cada vez más frecuente deslocalización de la producción por parte de grandes empresas en lugares donde son menores los costes del trabajo, es decir, los salarios, y menores las garantías de los derechos de los trabajadores. Se produce así una competencia ulterior en el mundo del trabajo que tiene como efecto, por un lado, la máxima explotación de los trabajadores en los países pobres y, por el otro, el crecimiento del desempleo y/o el descenso de los salarios y de las demás garantías de los trabajadores de los países ricos. Es claro que tal competencia perversa reproduce la situación paleo-capitalista y pre-sindical del trabajo, cuando no existían o eran demasiado débiles las organizaciones sindicales de los trabajadores. Pero esto exige, como se dirá en el capítulo XVI, que se trasladen a nivel internacional las dos clases de garantías conquistadas —pero hoy en crisis— en el plano de los ordenamientos nacionales. En primer lugar, habrían de generalizarse las garantías de los derechos de los trabajadores a través de las oportunas convenciones internacionales, acompañadas, como en el derecho interno, por beneficios o incentivos a las empresas que invierten en los países que las cumplen. En esta pers-

pectiva sería necesario reforzar tanto los poderes como las competencias de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), establecida inmediatamente después de la primera guerra mundial y ampliada después a todos los Estados miembros de la ONU[131]. En segundo lugar, contra la nueva atomización del trabajo, sería necesario promover nuevas formas de subjetividad colectiva transnacional, de la sindicación a la contratación colectiva a nivel internacional, llevándola en la mayor medida posible a la altura de la nueva e irreversible dimensión transnacional de los capitales y las empresas.

Es inútil decir que la perspectiva de semejantes reformas garantistas de las relaciones de trabajo, a la altura de las nuevas formas de la producción, es diametralmente opuesta a las tendencias que manifiestan los procesos en curso. Pero el derecho no tiene la tarea de secundar y reflejar lo que de hecho ocurre. Tiene por el contrario un papel normativo y de garantía. Las tendencias en curso en el mercado son por ello una razón añadida para reivindicar una legislación idónea para garantizar el carácter en todo caso *público* de todas las relaciones de trabajo y por tanto la intangibilidad de los derechos que están en su base: en las grandes y en la pequeñas empresas, en el sector público y en el privado, en los lugares de trabajo y en el domicilio, a nivel estatal y a nivel internacional. En concreto, esto exige la generalización y la extensión de todos los derechos fundamentales del trabajo a todas estas relaciones, en garantía de la única forma admisible de su parificación: no sólo de la justa retribución, de las limitaciones del horario de trabajo, de las vacaciones, de la indemnización por terminación de la relación y de la justa causa de despido, sino también de la huelga y la representación sindical, hasta todas las garantías en materia de previsión y asistencia. Exige en particular —y en mayor medida cuanto menos realizables y efectivas son todas estas garantías a causa de la relativa irreversibilidad de la flexibilidad de algunas relaciones de trabajo— la introducción, como sus meta-garantías, de apropiados amortiguadores sociales: empezando por la renta mínima garantizada de la que hablaré en el § 15.19, que no es sólo un derecho social a la subsistencia, sino también una garantía de los derechos civiles de los trabajadores, cuya autonomía negocial, es decir, su poder y su fuerza contractual, contribuye a reforzar, sustrayéndolos a la necesidad vital de aceptar cualquier condición laboral.

14.19. C) *Los límites internos y las garantías «del» mercado*

En el § 14. 15 se ha dicho que también el mercado, en cuanto lugar de la autodeterminación individual en materia económica, es una dimensión de la democracia —precisamente de la que he llamado democracia civil (D12.37)— y a la vez el modo más eficaz de producción y distribución de los bienes[132]: prueba de ello es el fracaso histórico de los socialismos reales, que de hecho sustituyeron al mercado y a los derechos civiles con

formas tan antiliberales como ineficientes de constricción burocrática y disciplinaria. Lo que se ha ocultado por la ideología liberal, hay que añadir, es que la autonomía negocial en la que se basa el mercado es un poder; y que por eso el principio de legalidad, que excluye la existencia de poderes absolutos en el estado de derecho, exige que también ella, al igual que todos los poderes, esté sujeta a límites y vínculos en tutela de los derechos y de los bienes fundamentales sobre los cuales incide su ejercicio. Por eso, a propósito del inevitable contraste entre derechos de autonomía y derechos de libertad, no se puede hablar de conflicto entre derechos sino de subordinación del ejercicio de los primeros a los segundos. Por más que los derechos de autonomía privada sean derechos fundamentales formulados por normas constitucionales iguales que los demás derechos fundamentales, su ejercicio —las formas y los efectos con los que «puede desarrollarse» la «libre iniciativa económica», como dice el primer párrafo del artículo 41 de la Constitución italiana—, al igual que el ejercicio directo o indirecto de los derechos políticos, es en todo caso, como se ha dicho varias veces, de grado subordinado a la ley y a la constitución que han establecido los derechos fundamentales[133]. Es en esta sujeción a la ley donde reside el paradigma de lo que he llamado «constitucionalismo de derecho privado», conforme al cual los derechos fundamentales no valen sólo frente al Estado, sino también frente a los particulares: no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a las potestades civiles, al estar supraordenados tanto a éstas como a aquéllos y generando límites y vínculos a cargo de ambos.

Pero es precisamente el mercado, es decir, la producción y el intercambio de mercancías, el que más que ningún otro ámbito de la vida civil se ha mostrado refractario al paradigma del estado de derecho, al haber sido pensado siempre como una sociedad natural tanto más legítima y eficiente cuanto más expresiva de la absoluta autonomía individual. También por esto es inverosímil que reglas y límites al mercado, más allá de la gramática de los intercambios con expresión en el código civil, puedan provenir de alguna capacidad natural de autorregulación propia. Pero, sobre todo, una autorregulación es inconcebible porque el mercado es el producto —en este sentido, democrático— de las voluntades individuales de millones de personas, cada una de las cuales es portadora únicamente de su propio interés protegido por los respectivos derechos potestativos (D10.25); de modo que, incluso los límites que de generalizarse en forma de reglas serían en interés de todos los que allí operan y, por tanto, del mercado mismo, nunca provendrán de las empresas particulares, cuya lógica y cuya vocación son, natural e institucionalmente, sólo acumulativas. Ni siquiera en su conjunto las empresas serían capaces de una autorregulación conjunta, como tampoco los ciudadanos en su conjunto serían capaces —salvo dando vida, precisamente, a un pacto de convivencia y por tanto a una esfera pública separada de ellos— de una autorregulación, por ejemplo de tipo penal[134]. Por eso, es a la esfera pública, a sus instituciones de gobierno y sobre todo a específicas insti-

tuciones de garantía, funcionalmente encargadas de la tutela de los intereses generales y de los derechos fundamentales de todos, a la que está necesariamente confiada la héterorregulación del mercado, a través de la imposición de límites y vínculos legales a los poderes empresariales. El mercado, en pocas palabras, es un «orden jurídico» artificial y «necesita normas ordenadoras» y precisamente «reglas jurídicas»[135] heterónomas. Y esto, como veremos en el capítulo XVI, es tanto más verdadero y vital hoy, frente a los procesos de globalización de la economía en curso y a los enormes, dramáticos problemas por ella generados.

Estos límites y vínculos que se exigen al mercado son de distinta naturaleza. En ellos distinguiré dos clases: los que llamaré *límites internos*, puestos para la tutela del mismo mercado, es decir, de la efectividad de los derechos civiles de autonomía, y los que llamaré *límites externos*, mucho más relevantes, puestos para la tutela de la esfera pública y consistentes en la defensa del (o en la sustracción al) mercado de derechos y bienes fundamentales. Respecto a los *derechos-poder* de autonomía civil por ellos limitados, unos están conectados a su estatuto de *derechos*, como sus garantías, esto es, como *garantías del mercado*; los otros están conectados a su naturaleza de *poderes*, como garantías respecto de su ejercicio, esto es, como *garantías frente al mercado*. Tanto los primeros como, sobre todo, los segundos corren hoy el riesgo, en parte ya materializado, de ser abatidos por la ideología y la práctica neoliberales, que hacen de la autonomía negocial, configurada como libertad, una especie de «principio universal»[136], propugnado en formas agresivas e ilimitadas precisamente cuando, a causa de la globalización, el papel garantista de su regulación debería ser más incisivo y penetrante.

Los límites internos, puestos como garantía *de los* derechos civiles y por tanto *del* mercado mismo, son a su vez de dos tipos: los dirigidos a garantizar la concurrencia y los específicamente dirigidos a asegurar la paridad (o cuando menos a reducir las disparidades) de los sujetos que operan en el mercado. Entran dentro de los límites del primer tipo las prohibiciones de prácticas proteccionistas impuestas a los Estados por normas de derecho interno o supranacional, como son típicamente las del derecho comunitario europeo, con el fin de favorecer la formación de un mercado único: de la prohibición de limitar la circulación de mercancías y los movimientos de capitales con la imposición de aranceles o de restricciones de otro tipo, hasta la prohibición de ofrecer ayudas públicas a las empresas en crisis[137]. Pero es del propio mercado, y en particular de sus naturales tendencias a la concentración monopolista, de donde proceden las amenazas más graves al mercado mismo, es decir, a la efectividad de la competencia, la cual puede ser configurada como la efectividad, en absoluto espontánea ni natural, del principio de igualdad formal en los derechos civiles de autonomía empresarial. No es una casualidad, por lo demás, que el nacimiento del Estado moderno, es decir, de una esfera pública heterónoma dotada de instituciones de garantía además de las de gobierno, haya sido a la vez simultánea y funcional a

la transformación del sentido capitalista y mercantil de las relaciones de producción.

Como garantía de las condiciones mismas de la conservación y de la reproducibilidad del mercado se han aprestado por tanto —en adición a las incompatibilidades ilustradas en los §§ 14.10 y 14.10 como presupuestos indispensables en la separación entre esfera pública y esferas privadas— múltiples garantías e instituciones de garantía. Además de las clásicas garantías, civiles y penales, consistentes tanto en las prohibiciones de competencia desleal[138] como en las distintas normas dirigidas a impedir que junto al mercado legal se desarrollen mercados informales de tipo ilegal, recuérdense las garantías existentes desde hace tiempo en los Estados Unidos, introducidas en Europa bajo forma de tratados y normas comunitarias y dirigidas, como las impuestas a los Estados, a crear un «mercado común»: la prohibición de concentraciones industriales dirigidas a impedir, restringir o falsear el juego de la competencia; la prohibición de abusar de una posición dominante dentro del mercado nacional o en el comunitario; la prohibición, en algunos sectores como la información, incluso simplemente de iniciar posiciones dominantes; en fin, las distintas garantías de la transparencia en orden a la identidad de los propietarios, a las participaciones en las acciones, a la solidez patrimonial de las empresas y a la claridad y exhaustividad de los balances[139]. A estas garantías primarias se han añadido además específicas funciones e instituciones de garantía secundaria, como la Comisión de la Unión Europea y, a nivel nacional, autoridades independientes como por ejemplo, en Italia, la Comisión Nacional para las Sociedades y la Bolsa (Consob) y la Autoridad garante de la competencia.

La segunda categoría de límites internos al mercado es la de las garantías de los derechos civiles de autonomía de las partes más débiles, dirigidas a reducir las múltiples asimetrías de poder que perjudican la paridad de las partes contratantes en el mercado. El terreno más clásico e importante de tales garantías es, como se ha visto, el de las relaciones laborales. En éstas, las garantías de los derechos de los trabajadores se dirigen tanto a asegurar su dimensión jurídico-pública y colectiva contra la explotación del trabajo, como a reducir sus asimetrías y disparidades de poder en ese mercado específico que es el mercado del trabajo. Se puede añadir ahora la asimetría de poder entre empresas, generada por el fenómeno, al que ya he aludido, del traslado de las actividades productivas llevado a cabo por las empresas más grandes a los países pobres, donde no existen garantías del trabajo, cargas fiscales o aportaciones sociales ni normas en tutela del medio ambiente. También en estos casos, además de la lesión de derechos y bienes fundamentales en los países a los que se traslada la producción, se provoca una deformación de las reglas de la competencia: lo que ha sido llamado el *dumping* generado por las enormes diferencias en los costes laborales. Es claro que la única vía para reducir, si no para eliminar, estas lesiones a la competencia es la generalización, por obra de las oportunas convenciones internacionales,

al menos de las garantías de los derechos de los trabajadores y de las establecidas en tutela del medio ambiente: en dos palabras, la introducción de tales garantías en los países en los que faltan, en lugar de, como hoy ocurre, su rebajamiento o, peor, su eliminación en los países en los que existían. Se confirma de nuevo, también bajo este aspecto, la relación no ya de conflicto sino de convergencia y sinergia de los distintos tipos de derechos fundamentales y sus garantías: son los mismos derechos de autonomía, y por ello el mismo mercado, los que resultan garantizados por la igual garantía de los demás derechos vitales.

Pero es en todas las relaciones de mercado donde se está extendiendo y profundizando, mucho más allá de las relaciones de trabajo, esta asimetría de poderes. En oposición a un lugar común de la ideología neoliberal, casi siempre hay asimetría entre las partes del contrato, que se resuelve en la opresión de la parte más débil por obra de la parte económicamente más fuerte. Esta asimetría, como han mostrado Joseph Stiglitz y Guido Rossi, hoy está deformando la mayor parte de las relaciones contractuales: entre bancos y prestatarios, entre sociedades de seguros y asegurados, entre empresas de servicios y usuarios, entre empresas productoras y consumidores, entre consejos de administración y simples accionistas[140]. La autonomía privada expresada por los derechos civiles, que es por sí misma un poder, resulta por ello fuertemente diferenciada, con su reforzamiento sin reglas para los sujetos más fuertes y con su debilitación creciente para los sujetos más débiles. Ciertamente, también en este terreno se han elaborado viejas y nuevas garantías primarias y secundarias y las correspondientes instituciones de garantía: de las tradicionales garantías contra los vicios de la cosa a las medidas prescritas contra los alimentos adulterados, a las obligaciones de información de los consumidores en orden a la composición de los productos vendidos[141], hasta las funciones de defensa y de control confiadas a autoridades independientes nacionales coordinadas por correspondientes autoridades independientes internacionales. Pero estas garantías son las más de las veces inadecuadas e insuficientes, también porque, como se ha observado, son los jueces de los países más fuertes quienes juzgan la validez de las reglas producidas por tales autoridades[142]. Pero entonces se trata de hacer directamente vinculantes para los ordenamientos estatales las convenciones internacionales y, sobre todo, de introducir, como se dirá en el capítulo XVI, instituciones internacionales de garantía efectivamente independiente conforme a la subordinación varias veces enunciada del ejercicio de los poderes económicos a los demás derechos fundamentales.

Hay además una última clase de garantías de los derechos civiles de autonomía que debería ser reforzada. En apoyo del derecho civil de propiedad, y precisamente con el «fin» —como dice el artículo 42 de la Constitución italiana, que bien puede ser considerado como el fundamento normativo de un constitucionalismo de derecho privado— «de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos», no es admisi-

ble la acumulación ilimitada de los derechos reales conexos. Se dirigen a tal finalidad, en la Constitución italiana, los «límites a la extensión» de la propiedad del suelo (art. 44, 1.º párrafo), «las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado sobre las herencias» (art. 42, 4.º párrafo) y los «criterios de progresividad» en los que debe informarse el sistema tributario (primer párrafo del art. 53). Pero bajo este aspecto se justifica asimismo la introducción, realizable a través de la imposición fiscal, de límites máximos además de mínimos de las rentas del trabajo[143]; también porque en estos años la distancia entre rentas máximas y rentas mínimas —en dos palabras, la disparidad de rentas entre ricos y pobres— ha alcanzado proporciones sin precedentes en la historia. Se trata, de nuevo en este caso, de límites al mercado impuestos en garantía de la efectividad para todos de los derechos civiles de propiedad y, por tanto, de una más justa distribución de la riqueza a través del acceso de todos a la titularidad de los derechos reales de propiedad.

14.20. *D) Los límites externos y las garantías «frente al» mercado de los intereses públicos y de los derechos fundamentales. La cuestión de las privatizaciones*

Mucho más difíciles, inexistentes e inefectivos son los límites externos al mercado, es decir, las garantías de los intereses generales y de los demás derechos y bienes fundamentales respecto del ejercicio de los derechos civiles de autonomía. Se han visto, en el § 14.18, los procesos de desestructuración que han sufrido las garantías de los derechos fundamentales de los trabajadores. Se ha mostrado además, en el § 14.6, cómo el ejercicio de la autonomía negocial, en defecto de límites y de oportunas garantías de los derechos políticos, puede retroactuar y deformar la esfera pública, cuya subordinación termina a su vez por deformar y corromper a la esfera del mercado y, por ello, de la misma democracia civil. Por causa de los condicionamientos que pueden ejercer sobre la esfera pública, como antes se ha visto, las concentraciones de poder económico y, por otro lado, el entrelazamiento entre dinero y política constituyen hoy la más grave amenaza a la democracia representativa y al pluralismo político. Y son también, como veremos en los próximos capítulos, un peligro para la democracia liberal, para la democracia social y para la democracia internacional, aunque no sea más que por la sumisión que de ello resulta de los intereses públicos a los privados. Es emblemático, conviene repetirlo, el poder mediático generado por las concentraciones de la propiedad privada de los medios de información, es decir, de un derecho patrimonial que, como veremos en el próximo capítulo, no sólo no tiene nada que ver con la libertad de manifestación del pensamiento, sino que está en condiciones de destruirla o aniquilarla como libertad de todos y, a la vez, de minar los cimientos de la democracia política.

Pero son muchos otros los límites y los vínculos fundamentales (D11.24 y D11.25) externos que se exigen a los poderes económicos para la garantía de los intereses públicos y de los bienes y los derechos fundamentales. Distinguiré en ellos tres subclases: *a*) ante todo los límites y vínculos relativos a sus formas de ejercicio, que no pueden dañar y deben si acaso estar sometidos a tales intereses y derechos; *b*) en segundo lugar, los límites y vínculos relativos al contenido de su ejercicio, cuando éste se refiera a servicios de interés público, y todavía más si afectan a derechos fundamentales; *c*) en tercer lugar, los límites, de los que hablaré en el próximo parágrafo, conectados a la indisponibilidad de bienes fundamentales, y precisamente de los bienes comunes y de los personalísimos. Se trata en todos los casos, como he dicho varias veces, de límites estructurales, ligados de un lado al grado subordinado a la ley y a la constitución de las actividades negociables mediante las que los derechos civiles se ejercen (T12.133-T12.134) y, del otro, a la indisponibilidad que, como sabemos, es propia de los intereses públicos y de los bienes y derechos fundamentales (T11.84, T11.112).

Los límites y los vínculos del primero y del segundo tipo son todos aquellos específicamente conectados con la naturaleza de *poderes* de los derechos civiles, es decir, con el hecho de que el ejercicio de tales derechos, a diferencia del ejercicio de los derechos de libertad, consiste en actos jurídicos destinados a interferir en la esfera privada propia y ajena e incluso en la esfera pública. De ello ofrece un rico inventario la Constitución italiana de 1948. Son límites fundamentales del primer tipo los dispuestos por su artículo 41, segundo párrafo, según el cual «la iniciativa económica privada no puede desarrollarse en contraste con la utilidad social ni de manera que cause daño a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana»: como las prohibiciones dirigidas a impedir, en tutela de la salud y del ambiente, la contaminación ocasionada por las actividades productivas; los límites impuestos al desarrollo industrial y tecnológico por la superación de la vieja ilusión de una posibilidad de crecimiento ilimitado; todos los límites, más en general, derivados del trivial principio *neminem laedere*. Por otro lado, son vínculos fundamentales, siempre del mismo tipo, los dispuestos por el mismo artículo 41, párrafo tercero, según el cual «la ley determina los programas y los controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda ser ordenada y coordinada para fines sociales»: como las garantías positivas de los derechos de los trabajadores, la tutela activa del medio ambiente y de la salud, el sostenimiento del empleo y las políticas dirigidas a favorecer el desarrollo económico. Igualmente, son vínculos impuestos en tutela de intereses públicos los dirigidos a «asegurar», como dice el párrafo primero del artículo 42, la «función social» de la propiedad privada[144], además de los previstos por el artículo 44, según el cual, «con el fin de conseguir la explotación racional del suelo y de establecer relaciones sociales equitativas, la ley», como he recordado al final del parágrafo anterior, no sólo «fija límites a la extensión» sino que también «impone

obligaciones y vínculos a la propiedad privada del suelo [...] promueve e impone el abono de las tierras, la transformación del latifundio y la reconstrucción de las unidades productivas; ayuda a la pequeña y mediana propiedad» y «dispone actuaciones en favor de las zonas de montaña». Se trata, en todos estos casos, de garantías primarias de grado subordinado a la ley y a la constitución impuestas al ejercicio de los poderes económicos reconocidos en libre competencia entre sí[145].

En cambio, son del segundo tipo los límites —hoy discutidos y en gran parte trastocados por la ola de las privatizaciones— consistentes en la sustracción a la autonomía privada y a la esfera del mercado de funciones o servicios reservados a la esfera pública por incidir en intereses generales y/o en derechos fundamentales. También esta reserva está expresamente prevista, con referencia a las actividades y a los intereses de interés público, por la Constitución italiana: «Con fines de utilidad general», dice el artículo 43, «la ley puede reservar originariamente o, mediante expropiación y salvo indemnización, transferir al Estado, a entes públicos o a comunidades de trabajadores o de usuarios determinadas empresas o categorías de empresas que se refieran a servicios públicos esenciales o fuentes de energía o a situaciones de monopolio y que tengan carácter de preeminente interés general»[146]. La vieja cuestión de la elección entre privatización y nacionalización se plantea así por la Constitución italiana como cuestión de los límites que pueden imponerse a la primera, en vez de, como en las actuales políticas neoliberales, de los límites que deben imponerse a la segunda. De acuerdo con ello, hasta el final de los años setenta, la regla fue en realidad la de la reserva al Estado u otros entes públicos de casi todos los servicios y actividades de interés público: de los teléfonos a la televisión, de las instituciones de crédito a la electricidad, de los ferrocarriles a las autopistas.

Ha de recordarse además, con objeto de plantear la cuestión en el plano teórico, que el carácter «público» de una determinada actividad o función reside, según la definición de «esfera pública» aquí convenida (D11.36), en su atingencia a intereses generales o a derechos o bienes fundamentales, independientemente de su gestión por parte de sujetos privados o por parte de instituciones públicas, como el Estado u otros entes públicos. Diremos pues, conforme a ello, que son «públicas» y han de sustraerse a la lógica del mercado todas las funciones y las actividades que, aun gestionadas por particulares, son de interés público y/o están reordenadas para la tutela o la satisfacción de derechos fundamentales, mientras que son «privadas» y están sujetas a las leyes del mercado, aunque sean desarrolladas por el Estado o por otros sujetos públicos, todas las actividades económicas de tipo puramente patrimonial.

Es claro que no hay ninguna razón por la que estas últimas actividades no deban ser privatizadas. Allí donde se trate de empresas que producen bienes patrimoniales, por ejemplo automóviles o bizcochos, la privatización es incluso obligada, aunque no sea más que porque la gestión pública termina siempre por deformar la competencia. El caso

de los servicios públicos es distinto. Ciertamente no existen razones de principio por las que un determinado servicio que revista un interés general —por ejemplo, los teléfonos, los transportes o la banca— deba ser gestionado por un ente público y no en cambio por sujetos particulares. Con dos condiciones, a las que he aludido en el § 14.11: que ello resulte económicamente más conveniente y, sobre todo, que se garanticen prestaciones adecuadas al mismo, en el respeto del igual derecho de acceso y de la total igualdad de los usuarios. Pero evidentemente no existen tampoco razones de principio para que un determinado servicio no se confíe, por ejemplo, a una compañía municipalizada o a un ente público económico, allí donde eso responda, como dice el artículo 43 de la Constitución italiana, a «fines de utilidad general».

Lo que en cambio ha ocurrido, por impulso de la Unión Europea y bajo la enseña de la consigna «menos Estado y más mercado», es que en Italia como en otros países de la Unión se ha procedido, de los años noventa en adelante, a una privatización indiscriminada de casi todos los servicios públicos: la banca, los ferrocarriles, los servicios de correos y de telecomunicaciones, los teléfonos, los monopolios de Estado, los entes de previsión, los Entes municipales de consumo, el patrimonio inmobiliario, incluidos hasta bienes de interés histórico y artístico[147]. En Estados Unidos, además, la política de las privatizaciones se ha llevado más allá de todo límite. Se han llegado a privatizar incluso las cárceles: como si la finalidad de la reducción de costes, aunque no sea más que por la necesidad de obtener beneficios, no se resolviera en el empeoramiento de las ya intolerables condiciones de vida de los internos[148].

Gran parte de estas privatizaciones no son fácilmente justificables ni siquiera en el plano económico, y mucho menos con la finalidad de colocar en el mercado las actividades gestionadas por aparatos públicos. En este terreno, por el contrario, muchas de ellas se han resuelto en enormes transferencias de poder y de riqueza desde la esfera pública a la esfera privada. El monopolio de tabacos, por ejemplo, era en Italia una empresa ampliamente rentable. La venta del patrimonio inmobiliario corre siempre el riesgo de concluirse a precio de saldo. En cuanto a las privatizaciones de los ferrocarriles y de las autopistas, era incluso inconcebible que de ellas pudiera resultar un régimen de libre competencia, al tratarse de los que se vienen denominando «monopolios naturales», por ser única la red ferroviaria y la de carreteras, así cedidas en uso a particulares junto al valor de sus amortizaciones.

Añádase una consideración más propiamente teórica. En la mayor parte de los casos la privatización de un servicio público da lugar a inevitables conflictos de intereses: entre la razón social del servicio público, que es el interés general y el de los usuarios, y la razón social de la empresa privada, que es el fin de lucro. Por ejemplo, los fines de lucro corren el riesgo de inducir a cerrar líneas ferroviarias periféricas y escasamente rentables o a reducir las medidas de seguridad del transporte; a no instalar o a descuidar las plantas de electricidad y de distribución del

agua, del gas o de los teléfonos en localidades difícilmente accesibles; o a no producir fármacos esenciales que no admiten beneficios. Por no hablar de la privatización de funciones coercitivas, policiales o militares, que equivale a una regresión premoderna y a una disolución de la esfera pública en sus funciones más clásicas y elementales.

Desde luego, es perfectamente posible, en algunas de estas actividades, la intervención indirecta de la esfera pública en la forma de autorizaciones y concesiones, además del sometimiento de la actividad de la empresa a condiciones, vínculos y controles. Pero es claro que tales condiciones suelen ser ineficaces: ineficaces las sanciones, que siempre corren el riesgo de transformarse en tasas, e ineficaces los controles, sobre todo si se confían a la discrecionalidad política. El caso del servicio de televisión en Italia es ejemplar. Es un hecho que en casi todos los sectores en los que se han llevado a cabo, las privatizaciones han producido un fuerte aumento de los precios o, peor, la quiebra o la liquidación y el cierre de sectores productivos enteros.

El paradigma constitucional impone además un límite insuperable, de hecho ampliamente desatendido, a las privatizaciones de los servicios públicos. Allí donde tales servicios incidan sobre derechos fundamentales o comporten el ejercicio de funciones coercitivas o constrictivas —como la escuela, la sanidad, el orden público, las funciones de policía y de defensa, las cárceles, la administración tributaria y todas las distintas prestaciones del estado social—, su privatización es incompatible con su pertenencia a la esfera pública y con la universalidad, la inderogabilidad y la indisponibilidad de los derechos afectados (T11.135, T11.152, T11.153). Sólo su entrega a instituciones públicas de garantía, neutrales e independientes conforme al principio de su separación, puede en realidad asegurar su correcto desarrollo sin las posibles desviaciones dictadas por la prevalencia de las razones del beneficio y de otros intereses de parte y sin impropios condicionamientos políticos de su independencia e imparcialidad.

Ello no excluye que en sectores como la educación o la sanidad, a las instituciones públicas de garantía les puedan secundar, pero sin sustituirlas, empresas privadas: a condición de que también éstas estén rígidamente disciplinadas, en garantía de los derechos fundamentales y de los intereses públicos que, mucho antes que el beneficio, representan en todo caso su razón social. Una argumentación aparte, que se desarrollará en los §§ 15.7 Y 15.22, merece la información, a causa de su decisiva relevancia pública y de los peligros que pueden provenir del mercado para la igual libertad de manifestación del pensamiento, el derecho a la información independiente y el pluralismo político. En todos los casos, precisamente la relevancia de tales actividades para los intereses públicos y para los derechos fundamentales, impone su disciplina y control por obra de instituciones de garantía, tanto primaria como secundaria. Las reglas pueden ser dictadas por la ley, por la Administración Pública o incluso por autoridades independientes especializadas. Y en todo caso

deben ofrecer, más allá de las específicas prescripciones ligadas a la naturaleza de las actividades reguladas, la garantía de la satisfacción de su razón social, sin discriminaciones ni privilegios.

14.21. *Sigue: el límite externo y la garantía frente al mercado de los bienes fundamentales. La indisponibilidad de los bienes personalísimos*

Llego por último al tercer tipo de límites y vínculos externos más arriba señalados, exigidos al ejercicio de los derechos civiles de autonomía: la garantía de la sustracción al mercado de los bienes fundamentales en cuanto bienes indisponibles. En el § 11.10, se recordará, he distinguido los bienes en dos grandes clases: los bienes patrimoniales y los bienes fundamentales, según sean objeto de derechos patrimoniales (D11.27) y sean por tanto disponibles junto a ellos (T11.83), o lo sean en cambio de derechos fundamentales (D11.28) y esté prohibida su lesión y su disposición (T11.112 y T11.120). He distinguido después los bienes fundamentales en tres subclases (T11.113): los bienes personalísimos (D11.29), como los órganos vitales del cuerpo humano; los bienes comunes (D11.30), esto es, las *res communes omnium*, como el aire, el ambiente en que vivimos y todos los bienes del patrimonio ecológico de la humanidad; los bienes sociales (D11.31), como los fármacos, el agua potable y la alimentación básica. Se trata, en todos los casos, de bienes vitales, que bien podemos llamar «universales» puesto que su goce debe estar garantizado a todos en cuanto objeto de derechos fundamentales, fuera de las lógicas del mercado. Precisamente, los bienes personalísimos son universales en el sentido de que todos son igualmente titulares de ellos y sin embargo cada uno lo es con total exclusión de los demás; los bienes comunes lo son en el sentido opuesto de que, al igual que los derechos de los que son objeto, pertenecen a todos *pro indiviso*; los fines sociales, en fin, lo son en el sentido de que son objeto de derechos sociales y por ello de prestaciones que corresponden a todos al menos en la medida de los mínimos vitales.

Es evidente la analogía entre nuestras dos distinciones —la de los bienes y la de los derechos— en patrimoniales y fundamentales. Tanto los bienes como los derechos patrimoniales son singulares y disponibles, así como son universales e indisponibles tanto los bienes como los derechos fundamentales. Ambas distinciones, además, no tienen un fundamento ontológico sino normativo: por ejemplo, un órgano vital del cuerpo humano es un bien fundamental porque es indisponible, pero se convierte en patrimonial, al igual que el derecho fundamental del que es objeto, si se establece su disponibilidad; y a la inversa. Entre la indisponibilidad de los derechos fundamentales y la de los bienes fundamentales, como se dijo en el § 11.10, hay sin embargo una importante diferencia: mientras que la primera es una indisponibilidad lógica y por tanto inviolable, la

segunda, al ser los bienes fundamentales materialmente disponibles, es una indisponibilidad jurídica y por lo tanto violable. En efecto, los derechos fundamentales son normas téticas, de modo que sus sujetos siguen siendo titulares de ellos quieran lo que quieran o hagan lo que hagan. Por el contrario, los bienes fundamentales, que son objeto de los derechos fundamentales, sólo pueden ser garantizados por la prohibición de disponer de ellos o por la obligación de hacerlos accesibles a todos. En suma, mientras que la indisponibilidad de los derechos fundamentales es de tipo alético, la de los bienes fundamentales es de tipo deóntico: los primeros son indisponibles en el sentido de que su disposición es *imposible*; los segundos lo son en el sentido de que su disposición, precisamente porque es posible, está *prohibida* y su prestación es *obligatoria*.

También por esto la naturaleza de simple «cosa», «bien» o «bien fundamental» de un determinado objeto, como se dijo desde el § 3.9, es un hecho histórico, así como es (y ha sido) fruto de procesos históricos la transformación de determinadas cosas en bienes y determinados bienes en bienes fundamentales. Estos procesos históricos están por completo determinados por factores sociales. Ante todo la valoración de la persona humana fue un hecho cultural y político que determinó, junto a la afirmación de los derechos humanos y de su indisponibilidad, la abolición de la esclavitud y, por tanto, de la reducción de la persona a cosa. Hoy son factores tecnológicos, además de económicos y sociales, los que han cambiado y continúan cambiando el límite entre naturaleza y cultura, entre necesidad y libertad, ampliando, con las nuevas posibilidades de intervención y de transformación abiertas por las nuevas tecnologías, el ámbito de la ética y de la política y, consiguientemente, del derecho. El presupuesto del derecho y de cualquier otro sistema deóntico, expresado por nuestro postulado P2 y por sus corolarios T2.2 y T2.3, es en realidad el «poder ser» de los comportamientos regulados y, por tanto, la posibilidad material de las opciones mediante las que son decididos. Y estas posibilidades han crecido enormemente con el desarrollo tecnológico que ha ampliado consiguientemente, junto con los espacios de la bioética y de la ecología, los espacios del derecho en la estipulación de los bienes fundamentales.

Aquí examinaré solamente el primero de estos factores sociales de la expansión de los bienes fundamentales y de los límites al mercado que siguen a su indisponibilidad: el generado por la tecnología médica y quirúrgica, que ha extendido y puesto en valor, haciendo posible su utilización, a los que he llamado *bienes personalísimos* (D11.29). Analizaré en cambio en el capítulo XVI, a causa de su dimensión transnacional, los factores que han determinado la puesta en valor de las otras dos clases de bienes fundamentales: el desarrollo industrial, que ha extendido y puesto en valor, ocasionando su vulnerabilidad a nivel planetario, a los que he llamado *bienes comunes* (D11.30), y la afirmación en las declaraciones internacionales de los derechos sociales a la supervivencia, que ha extendido y puesto en valor, por su sobrevenida escasez o gracias a los progresos tecnológicos, a los que he llamado *bienes sociales* (D11.31).

Los *bienes personalísimos* forman la clase de los bienes fundamentales más estrechamente ligada a los derechos vitales de la persona. El principio de su indisponibilidad (T11.116 y T11.120) —conectado al principio según el cual las personas no son cosas (T7.18)— tiene la forma de una prohibición. «Los actos de disposición del propio cuerpo», establece por ejemplo el artículo 5 del Código Civil italiano, «están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, o cuando de cualquier otra forma sean contrarios a la ley, al orden público o las buenas costumbres». Es claro que la prohibición es tanto más necesaria y relevante cuanto más fácilmente posible sea su incumplimiento por la técnica de los trasplantes. Con mayor razón debería por ello figurar —en tutela de la integridad de la persona y contra el drama del tráfico de órganos— entre las normas penales, junto a adecuadas sanciones, además de en las declaraciones constitucionales y en las convenciones internacionales.

El principio, por lo demás, ha sido impugnado desde diversas partes en nombre del valor de la autodeterminación de la persona[149]. Contra semejante tesis hay que repetir que los derechos civiles de autodeterminación son poderes y que, como todos los poderes, han de someterse al derecho (T10.31-T10.32), de modo que su ejercicio no dañe los derechos fundamentales de los sujetos más débiles. Poco importa que el sujeto débil sea en este caso el propio sujeto que se «auto-determina». Pensemos en los llamados «contratos de alquiler» con los que una mujer, a título oneroso, pone a disposición de otra su propio útero para un embarazo; o, peor aún, en los «actos de disposición del propio cuerpo» prohibidos por el citado artículo 5 porque provocan «una disminución permanente de la integridad física» a la que pueden ser inducidas personas en situación de necesidad. La configuración de tales bienes como bienes de propiedad equivaldría a una opción mercantil que serviría para reducir el cuerpo de la persona a cosa, o a conjunto de cosas, en contraste con el principio de Beccaria y de Kant, aquí enunciado por el postulado P5. Ciertamente, en todos estos casos la protección del sujeto débil frente a la lógica del mercado es el fruto de una opción paternalista. Pero es la misma opción en que se basa la indisponibilidad de los derechos fundamentales. Si los titulares de tales derechos tuvieran el poder de disponer de ellos junto a los bienes que son su objeto, por ejemplo vendiendo su libertad o partes de su cuerpo, o hasta convirtiéndose en esclavos, tales derechos y tales bienes dejarían de ser universales y por tanto fundamentales y se convertirían en patrimoniales. Y se produciría, como se dijo en el § 11.7, una insoluble aporía: semejante poder de autodeterminación, si se concibe como absoluto y por tanto carente de límites, comportaría también la disponibilidad de uno mismo, con el consiguiente colapso de la propia autodeterminación y, como reflejo, de todo el edificio del estado de derecho.

Detrás de estas concepciones hay en realidad una indebida extensión del léxico propietario, que siempre corre el peligro de ser el vehículo de

una distorsionadora confusión entre derecho real de propiedad, como tal disponible, y derechos fundamentales, el primero entre todos el derecho a la salud y a la integridad personal, como tales indisponibles. El riesgo es el de una extensión del concepto de «propiedad», que vaya a sumarse a la ya varias veces señalada del concepto de «libertad», hasta su uso indiscriminado, como sustantivo del adjetivo posesivo «propio», también en materia de identidad personal y de relaciones familiares, afectivas, de trabajo y similares. El origen de esta expansión invasiva del léxico propietario, y tendencialmente de la disciplina de la propiedad privada, como se dijo en los §§ 10. 10 y 11.6, se remonta a John Locke: «Nadie», escribe Locke, «tiene la propiedad sobre su propia persona», incluido pues todo «lo que le es propio»[150]. Se habla así de propiedad del «propio» cuerpo, de propiedad del «propio» trabajo, de propiedad de los «propios» derechos e incluso de los «propios» hijos y del «propio» cónyuge[151] o similares.

Personas y cosas son, por el contrario, temas distintos, a los que no se pueden asociar los mismos predicados. Más todavía: como he establecido con el postulado P5 y después con las tesis T3.7, T3.51 y T7.18, son figuras contrarias e incompatibles entre sí. Se pone de manifiesto aquí, en todo su alcance teórico, la necesidad metateórica, subrayada en el § 11 de la Introducción y en el § 5 de los Preliminares, de distinguir, a nivel sintáctico, entre los distintos géneros o campos de dominio de los temas de la teoría, de forma que se eviten los deslizamientos semánticos provenientes de las ambigüedades sintácticas es decir, de la asociación del mismo predicado a clases de temas distintos. La propiedad se refiere en realidad a las relaciones con las cosas; el cuerpo humano y sus órganos no son cosas y, en cuanto tales, posibles objetos de propiedad, sino partes integrantes de las personas y de su identidad física y psíquica: son lo que *son* y no ya lo que *tienen*. «Mi» cuerpo no designa un objeto de mi propiedad sino mi identidad, no menos que «mi» pensamiento o «mi» mente, y por eso, al igual que ellos, está configurado como bien fundamental: inviolable, inalienable e intangibe.

NOTAS

1. Véanse las notas 2, 9, 30, 34 y 35 del capítulo VII.

2. Recuérdense los pasajes de Gerber y de Jellinek aquí citados en la nota 8 del capítulo X, según los cuales «todos los derechos públicos encuentran su fundamento, su contenido, su fin en el organismo estatal» (Gerber) y consisten en «intereses constituidos predominantemente por fines generales. El interés individual reconocido predominantemente en el interés general constituye el contenido del derecho público» (Jellinek).

3. «Las leyes», escribe Rousseau, «son actos de la voluntad general» (*Del contrato social*, en Íd., *Del contrato social. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Alianza, Madrid, 1980, lib. II, cap. VI, p. 44). «La ley es la expresión de la voluntad general», dice el art. 6 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789.

4. Recuérdese el célebre pasaje, ya en parte citado en el § 13.2, de J.-J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., lib. III, cap. XV, p. 98: «La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa; o es ella misma o es otra: no hay término medio. Los diputados del pueblo no son, por tanto, ni pueden ser sus representantes, no son más que sus delegados; no pueden concluir nada definitivamente. Toda ley que el pueblo en persona no haya ratificado es nula; no es una ley. El pueblo inglés se piensa libre; se equivoca mucho; sólo lo es durante la elección de los miembros del parlamento; en cuanto han sido elegidos, es esclavo, no es nada. En los breves momentos de su libertad, el uso que hace de ella bien merece que la pierda. La idea de los representantes es moderna: nos viene del gobierno feudal, de ese inicuo y absurdo gobierno en el que la especie humana queda degradada y en el que el nombre de hombre es un deshonor. En las antiguas repúblicas, e incluso en las monarquías, jamás tuvo el pueblo representantes; no se conocía esa palabra».

5. *Ibid.*, lib. III, cap. IV, pp. 72-73. «El mismo Rousseau», comenta Benjamin Constant continuando el pasaje aquí citado en la nota 14 del capítulo XIII, «aterrado por la inmensidad del poder social que acababa de crear, no supo dónde colocar este poder monstruoso, y no encontró otro remedio contra el peligro inseparable de tal soberanía que un recurso que hacía su ejercicio imposible. Declaró que la soberanía no se podía ni alienar, ni delegar, ni representar. Eso era declarar, en otras palabras, que no se podía ejercer; era anular de hecho el principio que acababa de proclamar» («Principios de política», en *Escritos políticos*, CEC, Madrid, 1970, cap. I, p. 12). Sobre la imposibilidad de una plena democracia directa, véanse también los pasajes de Kelsen y de Schmitt aquí citados en la nota 12 del capítulo XIII e *infra* en la nota 8.

6. J.-J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., lib. I, cap. VI, p. 22: «Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo, y quede tan libre como antes. Tal es el problema fundamental al que da solución el contrato social».

7. Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972, lib. XI, cap. VI, p. 153: «Puesto que en un Estado libre, todo hombre, considerado como poseedor de un alma libre, debe gobernarse a sí mismo, sería preciso que el pobre cuerpo desempeñara el poder legislativo. Pero como esto es imposible en los grandes Estados, y como está sujeto a mil inconvenientes en los pequeños, el pueblo deberá realizar por medio de sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo»; *ibid.*: «Dice acertadamente M. Sidney que cuando los diputados representan a un cuerpo del pueblo como en Holanda, deben dar cuenta a los que les han delegado». Sobre esto se funda su responsabilidad política: en tal caso, en efecto, escribe literalmente Montesquieu, «ils doivent rendre comte à ceux qui les ont commis» (*De l'esprit des lois*, lib. XI, cap. 6).

8. Para Carl Schmitt, que recupera la tesis rousseauniana según la cual el pueblo no puede ser representado (*Teoría de la constitución*, Alianza, Madrid, [2]1982, § 16, II, p. 205), tampoco el mandato imperativo realizaría tal representación: «El llamado mandato imperativo, es decir, la dependencia del diputado respecto de instrucciones y órdenes de los electores, suprimiría el carácter representativo de la Representación popular», «ya que el diputado, por estar ligado a la voluntad eventual de *sus* electores, no dependería de la voluntad de todo el pueblo, sino de la voluntad de una *parte* de los ciudadanos con derecho a voto. La consecuencia de ese mandato imperativo sería entonces que habría que introducir un especial sistema de continua votación de los electores

de cada distrito o, en el sistema de representación proporcional con listas de partido, de todo el país. Entonces se votaría continuamente pero no por el pueblo como unidad» (*ibid.*, § 20, I, 3, pp. 255-256). Entre las experiencias excepcionales de mandato acompañado del poder de revocación del representante, Kelsen recuerda la revocación de los elegidos prevista por el art. XXIII, sec. I de la Constitución de California y la remoción popular del presidente del *Reich*, tras moción del *Reichstag* votada por mayoría de dos tercios, prevista por el art. 43 de la Constitución de Weimar (*Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, [2]1958, parte II, IV, B, g, p. 344).

9. H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 345.

10. R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale* [1931], reimp. Economica, Paris, 1984, p. 216; *ibid.*, pp. 215-217: «Así como Luis XIV había fundado su absolutismo sobre su pretensión de encarnar al Estado en su persona real, del mismo modo la Asamblea Nacional de 1789, con el objetivo de transformar la soberanía nacional en soberanía parlamentaria, afirma que el colegio de los diputados elegidos recoge en sí mismo a todo el pueblo y lo configura como una formación a través de la cual todos los ciudadanos aparecen en condiciones de concurrir a la adopción de las decisiones soberanas [...] Pero habría que ser muy ingenuos para dejarse convencer de que las voluntades expresadas por una oligarquía son la expresión de la voluntad de la comunidad, cuando los llamados representantes no tienen ninguna posibilidad de oponer una voluntad contraria a la que pretende representar la suya [...] En estas condiciones, la palabra representación asociada al Parlamento no tiene otro valor, incluso en sentido político, que el de una imagen más o menos vaga y aproximativa». Sobre la idea de la omnipotencia de la mayoría generada por una mistificación semejante, han de recordarse siempre las páginas de A. de Tocqueville, *La democracia en América*, vol. I, Segunda Parte, cap. VII, Trotta/Liberty Fund, Madrid, 2010, pp. 447-466, en parte citadas en la nota 21 del capítulo XIII y, más adelante, en las notas 30 y 81 de este capítulo.

11. Es el fundamento de la representación política y del principio de mayoría identificado por Locke en los pasajes del *Segundo ensayo sobre el Gobierno civil*, cit., cap. VIII, §§ 95-97, pp. 273-275, ampliamente citados en la nota 11 del capítulo XIII. Cf. también el § 99, p. 275: «Por tanto, cualquiera que abandone el estado de naturaleza para unirse a una comunidad, [se] ha de entender que hace entrega, ante la mayoría de esa comunidad, de todo el poder necesario para cumplir los fines para los que se ha unido en sociedad, a menos que expresamente acuerden que se precisa un número mayor que la mayoría [...] Con lo cual, aquello que da inicio y constituye en realidad a una sociedad política no es más que un grupo de hombres libres capaces de formar una mayoría para unirse e incorporarse a tal sociedad». Análogamente, I. Kant, «En torno al tópico 'Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica'», en *Teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 1986, II, p. 36: «Si no cabe esperar aquella total unanimidad por parte de un pueblo entero, si todo cuanto podemos prever que se alcance es únicamente una mayoría de votos (y no por cierto de votantes directos, en el caso de un pueblo grande, sino sólo de delegados, a título de representantes del pueblo), resulta que este mismo principio, el de contentarse con la mayoría, en tanto que principio aceptado por acuerdo general y, consiguientemente, por medio de un contrato, tendría que ser el fundamento supremo del establecimiento de una constitución civil». Recuérdese también Th. Hobbes, *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 1989, parte I, cap. XVI, p. 137: «Y si los representantes son muchos hombres, la voz de la mayoría ha de ser considerada como la voz de todos. Pues

si la minoría se pronuncia, por ejemplo, de una manera afirmativa, y la mayoría lo hace de una manera negativa, habrá votos negativos más que suficientes para destruir los afirmativos. Y, por tanto, el mayor número de votos negativos, si no son contradictorios, serán la única voz de los representantes».

12. H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 346. Cf. también, de H. Kelsen, «Los fundamentos de la democracia», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, cap. I, pp. 207-213.

13. Véanse los pasajes de Rousseau, pero también de Locke y de Kant, aquí reproducidos en la nota 11 del capítulo XIII.

14. «El principio democrático de la autodeterminación», escribe Kelsen (*Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 343), «es limitado al procedimiento por el cual tales órganos son designados. La forma democrática de designación es electiva. El órgano autorizado para crear o ejecutar las normas jurídicas es electo por los súbditos cuya conducta se encuentra regulada por esas normas»: que es también el modelo inglés de democracia que Rousseau critica en el pasaje aquí reproducido en la nota 4.

15. J.-J. Rousseau, *El contrato social*, cit., lib. II, cap. III, p. 35: «La voluntad general es siempre recta y siempre tiende a la utilidad pública»; *ibid.*, cap. VI, pp. 43-44: «Cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo, no se considera más que a sí mismo [...] Entonces la materia sobre la cual se estatuye es general como la voluntad que estatuye. Es este acto lo que yo llamo una ley [...] Según esta idea, se ve al instante que no hay que preguntar [...] si la ley puede ser injusta, puesto que nadie es injusto hacia sí mismo»; *ibid.*, pp. 44-45: «Por sí mismo el pueblo siempre quiere el bien, pero por sí mismo no siempre lo ve. La voluntad general es siempre recta, pero el juicio que la guía no siempre es esclarecido. Hay que hacerle ver los objetos tal cual son, a veces tal cual deben parecerle, mostrarle el buen camino que busca, garantizarle de la seducción de las voluntades particulares, acercar a sus ojos lugares y tiempos, equilibrar el atractivo de las ventajas presentes y sensibles con el peligro de los males alejados y ocultos. Los particulares ven el bien que rechazan: [el] público quiere el bien que no ve. Todos tienen igualmente necesidad de guías».

16. Recuérdese el pasaje abiertamente rousseauniano —el mismo, por lo demás, en el que se recoge la noción de Rousseau de la libertad como «l'obéissance à la loi qu'on s'est prescripte» aquí referida en la nota 14 del capítulo II y en la nota 2 del capítulo XIII— de I. Kant, «Principios metafísicos de la doctrina del derecho», § 46, en *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 143: «El poder legislativo sólo puede corresponder a la voluntad unida del pueblo. Porque, ya que de él debe proceder todo derecho, no ha de *poder* actuar injustamente con nadie mediante su ley. Pues si alguien decreta algo respecto de *otro*, siempre es posible que con ello cometa injusticia contra él, pero nunca en aquello que decide sobre sí mismo (en efecto *volenti non fit iniuria*)». La misma tesis, igualmente ligada a la idea del pueblo como «cuerpo común» unitario referida en la nota 11 del capítulo XIII, es expresada en I. Kant, «En torno al tópico...», cit., p. 33: «Una ley pública, que determina para todos lo que les debe estar jurídicamente permitido o prohibido, es el acto de una voluntad pública, de la cual procede todo derecho, y, por tanto, no ha de cometer injusticia contra nadie. Mas, a este respecto, tal voluntad no puede ser sino la voluntad del pueblo entero (ya que todos deciden sobre todos y, por ende, cada uno sobre sí mismo), pues sólo contra sí mismo nadie puede cometer injusticia». La tesis es por lo demás vistosamente contradicha por Kant, además de por la afirmación de que el pueblo pierde su carácter de «cuerpo común» propio cuando opone resistencia como sujeto colectivo a las violaciones del pacto social por parte

del soberano (véanse, *supra*, las notas 11, 23 y 154 del capítulo XIII), por las discriminaciones que en la formación de la «voluntad» del «pueblo entero» Kant reserva a los llamados «ciudadanos pasivos» (véase *infra*, la nota 24).

17. J. A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Aguilar, Madrid, 1971, cap. XXI, pp. 321-342.

18. «Resulta, sin duda, muy inquietante», escribió Hannah Arendt, «el hecho de que el Gobierno totalitario, no obstante su manifiesta criminalidad, se base en el apoyo de las masas. Por eso apenas es sorprendente que se nieguen a reconocerlo tanto los eruditos como los políticos, los primeros por creer en la magia de la propaganda y del lavado de cerebro, los últimos por negarlo simplemente, como, por ejemplo, hizo repetidas veces Adenauer. Una reciente publicación de los informes secretos sobre la opinión pública alemana durante la guerra (desde 1939 a 1944), realizados por el Servicio de Seguridad de las SS (*Meldungen aus dem Reich. Auswahl aus den Geheimen Lageberichten des Sicherheitsdienstes der SS 1939-1944*, ed. de H. Boberach, Neuwied-Berlin, 1965), resulta muy reveladora al respecto. Muestra, en primer lugar, que la población se hallaba notablemente bien informada sobre los llamados secretos —las matanzas de judíos en Polonia, la preparación de un ataque a Rusia, etc.— y, en segundo lugar, el 'grado hasta el que las víctimas de la propaganda han permanecido capaces de formar opiniones independientes' (pp. XVIII-XIX). Sin embargo, el punto de la cuestión es que esto no debilitó de ningún modo el apoyo general al régimen de Hitler. Es completamente obvio que el apoyo de las masas al totalitarismo no procede ni de la ignorancia ni del lavado de cerebro» (H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism* [1948], trad. cast. de la ed. americana de 1966, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1974, «Prefacio a la tercera parte: Totalitarismo», p. 27, nota 1).

19. La expresión es de Danilo Zolo, que muestra cómo esta amalgama está presente de manera «absolutamente compacta» en la «versión radical de la doctrina clásica» de la democracia —«la que lleva de Rousseau a Babeuf y después a Marx, al sovietismo de Lenin, a las teorías sobre los consejos en Rosa Luxemburgo, al autogobierno de los productores en Gramsci y concluye idealmente en la teoría marxista de la extinción del Estado» (D. Zolo, *Il principato democratico. Per una teoria realistica della democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1992, pp. 90 ss.). La amalgama queda perfectamente expresada, además de en los pasajes de Rousseau y de Kant citados *supra* en las notas 15 y 16, por el art. 4 de la Declaración de derechos que antecede a la Constitución francesa de 1793: «La loi est l'expression libre et solennelle de la volonté générale; elle est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse; elle ne peut ordonner que ce qui est juste et utile à la société; elle ne peut défendre que ce qui lui est nuisible» [La ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general; es la misma para todos ora proteja ora castigue; no puede ordenar más que lo que es justo y útil a la sociedad; no puede prohibir más que lo que le es perjudicial].

20. Este nexo entre representación política y responsabilidad política, una como fundamento de la otra, está bien ilustrado por C. F. Ferrajoli, «La responsabilità politica come responsabilità per rappresentanza», en G. Azzariti (ed.), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 123-162.

21. Es la distinción varias veces formulada por Kelsen entre producción y ejecución de la ley, una legitimada por la representación política y la otra por la legalidad: «Podría parecer que el ideal de la democracia es más perfectamente realizado cuando no sólo la legislación, sino también la ejecución (administración y poder judicial), se encuentran completamente democratizadas. Sin embar-

go, un examen más detenido revela que éste no es necesariamente el caso. Como la ejecución, por su definición misma, es ejecución de leyes, la organización del poder ejecutivo tiene que garantizar la legalidad de tal ejecución. Las funciones administrativa y judicial deben ajustarse en la mayor medida posible a las leyes expedidas por el órgano legislativo. Si la legislación es democrática, es decir, si expresa la voluntad del pueblo, entonces la ejecución será tanto más democrática cuanto en mayor media corresponda al postulado de legalidad» (*Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte II, cap. IV, B, l, pp. 255-356). Véanse, sobre el punto, las lúcidas observaciones de L. Gianformaggio, «Kelsen y el presidencialismo»: *Teoria politica* XI/1 (1995), 54-55.

22. Recuérdense, en particular, tres breves experiencias constitucionales francesas. La primera se remonta a la Constitución de 1793: *Déclaration*, art. 29: «Chaque citoyen a un droit égal de concourir à la formation de la loi et à la nomination de ses mandataires ou de ses agents» [Cada ciudadano tiene un derecho igual a concurrir a la formación de la ley y al nombramiento de sus mandatarios o de sus agentes]; *Acte Constitutionnel*, art. 7: «Le peuple souverain est l'universalité des citoyens français» [El pueblo soberano es la universalidad de los ciudadanos franceses]; art. 21: «La population est la seule base de la représentation nationale» [La población es la única base de la representación nacional]; art. 28: «Tout Français exerçant les doits de citoyen est éligible dans l'étendue de la République» [Todo francés en el ejercicio de los derechos de ciudadano es elegible en (toda) la extensión de la República]; arts. 22-23 y 37 que prevén «un deputé en raison de quarante mille individues» [un diputado a razón de cuarenta mil individuos] elegido por los electores designados en asambleas primarias, cada una «à raison de 200 citoyens» [a razón de 200 ciudadanos]. La segunda es la introducción del sufragio universal por obra de la Constitución de 1848, cuyos arts. 24-26 establecieron que «le suffrage est direct et universel. Le scrutin est secret» [el sufragio es directo y universal. El escrutinio es secreto] y «sont électeurs, sans condition de cens, tous les Français âgés de vingt et un ans, et jouissant de leurs droits civils et politiques. Sont éligibles, sans condition de domicile, tous les électeurs âgés de vingt-cinq ans» [son electores, sin condición de censo, todos los franceses con veintiún años cumplidos y que gocen de sus derechos civiles y políticos. Son elegibles, sin condición de domicilio, todos los electores cumplidos los veinticinco años de edad]. La tercera fue la de la Ley constitucional de 25.2.1875, que en su primer artículo estableció que «la Chambre des députés est nommée par le suffrage universel, dans les conditions déterminées par la loi électorale» [la Cámara de diputados es nombrada por sufragio universal, en las condiciones determinadas por la ley electoral]. Recuérdese además el sufragio universal introducido en 1871 en la Alemania bismarckiana en 1867 para la elección de un *Reichstag* dotado de escasísimos poderes, después en Grecia en 1877, en Bélgica en 1893 y en Noruega en 1897.

23. El sufragio universal, extendido a todos los hombres y las mujeres, es un fenómeno del siglo XX. Fue introducido por primera vez en Finlandia en 1906; después en los Estados Unidos el 28 de agosto de 1920, con la XIX enmienda a la Constitución; en Gran Bretaña con el *Representation of the People (Equal Representation) Act* de 2 de julio de 1928; en Italia con el «decreto luogotenenziale» n.º 23 de 1 de febrero de 1945, publicado en la *Gazzetta Ufficiale* del 20 de febrero de 1945 y después por el art. 4 de la Constitución de 26 de octubre de 1946. Cf., para más amplias informaciones, F. Lancester, «Voto (diritto di): a) diritto pubblico», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 1107-1133, en particular, p. 1115; A. Rossi-Doria, *Diventare cittadine. Il voto alle donne in Italia*, Giunti, Firenze, 1996; F. Bimbi y A. Del

Re (comps.), *Genere e democrazia. La cittadinanza delle donne a cinquant'anni dal voto*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1997.

24. Por lo demás, contra el sufragio universal se pronunció gran parte de la filosofía política liberal. «Todos los ciudadanos», escribió Montesquieu, «deben tener derecho a dar su voto para elegir al representante, exceptuando aquellos que se encuentren en tan bajo estado que se les considere carentes de voluntad propia» (*Del espíritu de las leyes*, cit., lib. XI, cap. VI, pp. 153-154); en efecto, añade más adelante, «el poder no debe caer en las manos del pueblo bajo, ni siquiera en el gobierno popular» (*ibid.*, lib. XV, cap. XVIII, p. 218). Recuérdese también el pasaje, reproducido en parte en la nota 16 del capítulo XI, de I. Kant, «En torno al tópico...», cit., p. 34: «Aquel que tiene derecho a voto en esta legislación se llama *ciudadano* (*citoyen*, esto es, *ciudadano del Estado*, no ciudadano de la ciudad, *burgeois*). La única cualidad exigida para ello, aparte de la cualidad *natural* (no ser niño ni mujer), es ésta: que uno sea *su propio señor* (*sui iuris*) y, por tanto, que tenga alguna *propiedad* (incluyendo en este concepto toda habilidad, oficio, arte o ciencia) que le mantenga»; Íd., «Principios metafísicos de la doctrina del derecho», cit., § 46, p. 144, donde Kant distingue entre ciudadanos «activos» y ciudadanos «pasivos», excluyendo de los primeros «el mozo que trabaja al servicio de un comerciante o un artesano; el sirviente (no el que está al servicio del Estado); el menor de edad (*naturaliter vel civiliter*); todas las mujeres y, en general, cualquiera que no pueda conservar su existencia (su sustento y protección) por su propia actividad, sino que se ve forzado a ponerse a las órdenes de otros (salvo las del Estado)»: éstos, afirma, carecen «de personalidad civil y su existencia es, por así decirlo, de inherencia». La misma tesis fue sostenida por B. Constant: «Aquellos a quienes su indigencia mantiene en una eterna dependencia, por condenarlos a los trabajos diarios, ni están más ilustrados que los niños en los negocios públicos, ni se interesan más que los extranjeros en la prosperidad nacional, cuyos elementos no conocen, y cuyas ventajas no disfrutan sino indirectamente» (*Cours de politique constitutionnelle* [1836], trad. cast. de M. A. López, *Curso de política constitucional* [1820], Granada, Comares, 2006, cap. X, p. 76). John Stuart Mill, a su vez, aun siendo favorable en principio a la máxima extensión del sufragio, excluyó del voto a los analfabetos y a los asistidos por la caridad pública: «Estimo como totalmente inadmisible que participe del sufragio el que no sabe leer ni escribir y, aun añadiré, ni las primeras reglas de la aritmética. [...] Es también importante que la Asamblea para votar los impuestos generales o locales sea elegida exclusivamente por los contribuyentes a estos impuestos. [...] la asistencia de la parroquia debería ser una exclusión [del voto] para quien la recibe» (*Del gobierno representativo*, Tecnos, Madrid, 1985, cap. VIII, pp. 103-105). Propuso además la introducción del voto «plural», es decir, de un voto «que asigne a la educación como tal el grado de influencia superior que baste a equilibrar el peso numérico de la clase menos culta», con el argumento de que «el más ilustrado o [...] el mejor tiene derecho a una influencia superior» (*ibid.*, pp. 110 y 106).

25. En Italia, por ejemplo, los arts. 28 y 29 del Código Penal prevén la pena accesoria de la inhabilitación para cargo público —absoluta como consecuencia de la condena a cadena perpetua o a reclusión por un tiempo no inferior a cinco años y temporal como consecuencia de condena a reclusión por un tiempo no inferior a tres años—, que incluye, además de la privación del derecho a ejercer funciones públicas o encargos de servicios públicos, ciertamente justificable para delitos como el cohecho o la apropiación indebida, también la pérdida del sufragio activo, que representa en cambio una exclusión inadmisible del sufragio universal. Se trata, lamentablemente, de una discriminación prevista por la

propia Constitución, cuyo art. 48, párr. 4, establece que «el derecho de voto no puede ser limitado más que por incapacidad civil, por efecto de sentencia irrevocable o en los casos de indignidad moral indicados por la ley»: expresión inapropiada, esta de la «indignidad moral», indigna de una Constitución que en el art. 3 afirma que «todos los ciudadanos tienen igual dignidad social» y que hace de la dignidad de la persona uno de sus principios fundamentales. Se trata, por lo demás, de una discriminación prevista en muchos ordenamientos: por ejemplo, por el art. 3, párr. 4, de la Constitución francesa, según el cual «son electores, en las formas establecidas por la ley, todos los ciudadanos franceses de ambos sexos que gozan de los derechos civiles y políticos», de los que por lo demás pueden ser privados en los casos de condena previstos por el art. 42 del Código Penal; por el art. 29 de la Constitución danesa, conforme al cual «la ley establece en qué medida las condenas penales y los subsidios cualificados por la legislación como subsidios de pobreza pueden comportar la pérdida del derecho de voto»; por el art. 68, § 3, de la Constitución belga, que confía a la ley la determinación de los «requisitos exigidos para poder ser elector». En los Estados Unidos, ha de añadirse, la privación del derecho de voto como consecuencia de condenas penales tiene una enorme relevancia práctica: si se tiene en cuenta que los privados de libertad son cerca de dos millones y medio, se convierte en realidad en la exclusión del voto de una cuota considerable del electorado compuesta predominantemente por pobres y personas de color.

26. Ejemplar, en tal sentido, fue el art. 4 de la Constitución francesa de 1793: «Todo hombre nacido y domiciliado en Francia, con más de veintiún años de edad, todo extranjero mayor de veintiún años que, residente en Francia por un año, viva en ella de su trabajo, adquiera una propiedad, se case con una francesa, adopte un niño, asista a un viejo o, en fin, todo extranjero que sea juzgado por el Cuerpo legislativo como merecedor ante la humanidad, será admitido al ejercicio de los derechos de ciudadano francés». Recuérdese también el art. 14 de la Constitución finlandesa: «Todo ciudadano finlandés que haya alcanzado la edad de dieciocho años tiene el derecho de votar en las elecciones nacionales. Todo ciudadano finlandés que haya alcanzado la edad de dieciocho años y todo extranjero con residencia estable en Finlandia tienen el derecho a votar en las elecciones locales y en los referendos en el modo prescrito por la ley».

27. Recuérdense los pasajes, citados en la nota 50 del capítulo VII, del ensayo de C. Schmitt, *La defensa de la constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, cap. III, § 4, pp. 249-251. Obsérvese que también la Constitución italiana, en el art. 87, párr. 1, establece que «el Presidente de la República [...] representa la unidad nacional». Pero es claro que en el sistema parlamentario en ella diseñado, esta fórmula, ciertamente poco feliz, es sustancialmente inocua, dado que el presidente no es elegido por el pueblo sino por el Parlamento y, sobre todo, es un órgano de garantía por completo carente de poderes de dirección política o de gobierno. Una crítica severa del presidencialismo une los ensayos de N. Bobbio, M. Bovero, A. Di Giovine, L. Ferrajoli, M. G. Losano, P. Meaglia, P. P. Portinaro, M. Revelli y E. Vitale recogidos en *Argomenti per il dissenso. Contro il presidenzialismo*, Celid, Torino, 1996.

28. H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* [1931], Tecnos, Madrid, 1995, p. 61.

29. Platón, *Las leyes*, lib. IV, 715c-d, p. 145: «A los que ahora se dicen gobernantes los llamé servidores de las leyes, no por introducir nombres nuevos, sino porque creo que ello más que ninguna otra cosa determina la salvación o perdición de la ciudad; pues en aquella donde la ley tenga condición de súbdita sin fuerza, veo ya la destrucción venir sobre ella; y en aquella otra, en cambio,

donde la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de esa ley, veo realizada su salvación y todos los bienes que otorgan los dioses a las ciudades»; cf. también, *ibid.*, lib. V, 729b-c. Recuérdese también el pasaje de Aristóteles, *Política*, III, 15-16, 1286a-1287a, pp. 201-208, reproducido en la nota 2 del capítulo X. La expresión «servidores de las leyes» usada por Platón y Aristóteles será recogida por Cicerón en la célebre máxima *legum denique idcirco omnes* (*Pro Cluentio*, cap. LIII). La opción por el «gobierno de las leyes» constituye en fin un postulado de la cultura jurídica ilustrada: «Cuando se carece de ley, se carece también de libertad», escribe por ejemplo John Locke, «pues hablamos de libertad cuando no tenemos que someternos a la represión y la violencia que venga de los otros, lo cual no puede existir donde no hay ley» (*Segundo ensayo sobre el Gobierno civil*, cit., cap. VI, § 57, p. 281); «en los gobiernos despóticos», escribe Filangieri, «los hombres mandan; en los gobiernos moderados mandan las leyes» («Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia» [1774], en *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Tipografia della Società Belgica, Bruxelles, 1841, vol. II, p. 378). Recuérdense también los pasajes de Montesquieu, Diderot y John Stuart Mill sobre el nexo entre ley y libertad y contra la idea misma del «poder justo» o del «déspota bueno» aquí reproducidos en la nota 13 del capítulo II y en las notas 51 y 52 del capítulo XIII. Para ulteriores referencias, véase N. Bobbio, «¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?», en *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, pp. 195 ss.

30. A. de Tocqueville, *La democracia en América*, cit., vol. I, Segunda Parte, cap. VII, p. 454: «Los hombres, al reunirse, ¿han cambiado de carácter?, ¿se han vuelto más pacientes ante los obstáculos al hacerse más fuertes? Por mi parte, no puedo creerlo, y el poder de hacerlo todo, que niego a uno solo de mis semejantes, no se lo concederé nunca a varios». Y poco antes: «Hay personas que no han temido decir que un pueblo, en los asuntos que sólo le interesaban a él mismo, no podía salir enteramente de los límites de la justicia y de la razón y que, por tanto, no se debía temer dar todo el poder a la mayoría que le representa. Pero ése es un lenguaje de esclavo» (*ibid.*).

31. B. Constant, «Principios de política», cit., pp. 9-10: «El error de quienes, obrando de buena fe por amor a la libertad, dieron a la soberanía popular un poder sin límites, viene de cómo se formaron sus ideas sobre la política. Vieron que a lo largo de la historia un pequeño número de hombres, o incluso uno solo, había disfrutado de un poder inmenso, causante de muchos males, pero su cólera se dirigió contra los detentadores de ese poder y no contra el poder en sí mismo. En lugar de destruirle, sólo pensaron en desplazarle. Se lo entregaron a toda la sociedad; de la sociedad pasó forzosamente a la mayoría, de la mayoría con frecuencia, a las manos de uno solo». Véanse también los pasajes de Constant reproducidos en las notas 14, 15, 18, 19 y 31 del capítulo XIII y en la nota 5 de este capítulo.

32. H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Guadarrama, Barcelona, [2]1977, cap. VIII, p. 111.

33. Una noción ampliada de «conflicto de intereses», como predominio de los intereses privados sobre los colectivos, es la propuesta por G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, Adelphi, Milano, 2003, pp. 21-23 y 27-29, que denuncia su traspaso «desde el estado endémico al estado epidémico», como desviación que caracteriza no ya sólo «la actividad de algún protagonista del mercado», sino los comportamientos de «*todos* los actores de nuestros mercados» (*ibid.*, p. 23). El conflicto de intereses siempre ha sido, por otro lado, un rasgo virtual de la relación entre democracia y capitalismo. Merece ser recordada, por su auto-

ridad, la vibrante denuncia formulada hace casi un siglo por el presidente de los Estados Unidos Woodrow Wilson tras su elección: «Uno de los fenómenos más alarmantes de nuestro tiempo —o más bien sería alarmante si el país no se hubiera despertado y no hubiera mostrado su decisión de establecer un control sobre él—, uno de los síntomas más significativos de la nueva época social, es la medida en que el gobierno ha llegado a asociarse con los intereses económicos. Hablo por ahora del control ejercido sobre el gobierno por el *big business*. En la base de todo este asunto está el hecho de que en el nuevo orden de la sociedad, gobierno y actividades económicas deben estar estrechamente asociados. Pero la asociación actual es de naturaleza absolutamente intolerable: la precedencia está equivocada, la asociación invertida. Nuestro gobierno está desde algunos años bajo el control de los jefes de grandes sociedades anónimas ligadas a intereses particulares. No ha establecido su control sobre estos intereses ni les ha asignado un lugar adecuado en el conjunto del sistema económico del país, sino que se ha sometido a su control. El resultado ha sido que se han desarrollado sistemas y situaciones de favoritismo gubernamental (la más obvia de las cuales es la de los elevadísimos aranceles proteccionistas), que tienen efectos de gran alcance en la existencia de cualquier habitante del país, que imponen desventajas injustas a la competencia y gravámenes en todas las direcciones y que sofocan por doquier el libre espíritu emprendedor americano» (*The New Freedom*, New York, 1913, trad. it. en W. Wilson, «Principi e programmi della 'Nuova Libertà'», en *Il pensiero politico nell'età di Wilson*, ed. de O. Barié, Il Mulino, Bologna, 1962, pp. 189-190). Y más adelante: «Los dueños del gobierno de los Estados Unidos son los capitalistas y los industriales de los Estados Unidos. Está escrito en cada página de las actas del Congreso, está escrito en toda la historia de las conferencias en la Casa Blanca que las sugerencias en materia de política económica han venido, en este país, de una sola fuente y no de muchas. Los benévolos guardianes, los fiduciarios de corazón tierno que nos han evitado los aburrimientos y las preocupaciones del gobierno se han dejado ver tanto que prácticamente cualquiera podría hacer la lista de ellos [...] Los conocemos por su nombre [...] El gobierno del país no puede estar confiado a una clase particular. La política de un gran país no puede estar ligada a intereses particulares [...] Por esta razón deseo despedazar a la pequeña *coterie* que decide qué debe hacer el gobierno del país» (*ibid.*, p. 191). Todavía más alarmada y alarmante es la denuncia de los gravosos condicionamientos ejercidos sobre la democracia americana por el «complejo militar-industrial» pronunciada por otro presidente de los Estados Unidos, el general Dwight David Eisenhower, en su discurso de despedida de la presidencia de 17 de enero de 1961: «Esta conjunción de un inmenso sistema militar y de una gran industria productora de armas es nueva en nuestra experiencia. La influencia total —económica, política, incluso espiritual— es palpable en cada ciudad, cada empresa pública, cada oficina del gobierno federal. Reconocemos la necesidad imperativa de este proceso. Pero debemos esforzarnos en comprender sus graves implicaciones. Nuestro trabajo, nuestros recursos, nuestra vida, están todos concernidos: se trata hoy de la verdadera estructura de nuestra sociedad. En los organismos del gobierno debemos vigilar contra la adquisición de una influencia incontrolada, más o menos buscada, por parte del complejo militar-industrial. Existe y persistirá el riesgo de un peligroso ascenso de poderes ocultos. No debemos permitir que el peso de este complejo pueda poner en peligro nuestras libertades y el proceso democrático. No debemos dar nada por garantizado. Sólo una participación vigilante y bien informada puede imponer el entrelazamiento justo entre el desmesurado aparato militar-industrial de la defensa y nuestros principios y métodos democráticos, de modo que se-

guridad y libertad puedan prosperar juntas» (cit. por I. D. Mortellaro, *I signori della guerra. La Nato verso il* XXI *secolo*, Manifestolibri, Roma, 1999, p. 71).

34. «Nada hay más peligroso que la influencia de los intereses particulares en los asuntos públicos, y el abuso de las leyes por el gobierno es un mal menor que la corrupción del legislador, secuela infalible de las miras particulares. Al hallarse entonces alterado el Estado en su sustancia, toda reforma se vuelve imposible» (J.-J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., lib. III, cap. IV, p. 72). Sobre los efectos distorsionantes de la corrupción sobre la esfera pública y sobre el estado de derecho, véanse D. Della Porta, *Lo scambio occulto*, Il Mulino, Bologna, 1992, con ensayo introductorio de A. Pizzorno, «La corruzione nel sistema politico»; D. Della Porta e Y. Meny (comps.), *Corruption et démocratie*, La Découverte, Paris, 1994; D. Della Porta, «Partiti politici e corruzione: riflessioni sul caso italiano»: *Ragion pratica* 3 (1994), 26-44; A. Vannucci, «La corruzione nei sistemi politici democratici. Alcuni spunti per un'analisi comparata»: *ibid.*, 74-108; E. Garzón Valdés, «Sul concetto di corruzione»: *ibid.* 4 (1995), 108-131; P. Andrés Ibáñez (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, con escritos de L. Ferrajoli, M. A. Aparicio Pérez, S. Senese, M. A. García Herrera, P. L. Zanchetta, P. Andrés Ibañez, C. Auger Liñán, M. Taruffo y E. Pedraz Peñalva; F. Laporta y S. Álvarez (comps.), *Corrupción política y ética económica*, Alianza, Madrid, 1997; J. M. Simonetti, *El ocaso de la virtud. Ensayos sobre la corrupción y el discurso del control social*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 1998; Íd., *El fin de la inocencia. Ensayos sobre la corrupción y la ilegalidad del poder*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2002; J. Malem, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, Barcelona, 2000; M. Carbonell y R. Vázquez (comps.), *Poder, derecho y corrupción*, Ife, Ciudad de México, 2003.

35. He desarrollado esta tesis en «Il berlusconismo e l'appropriazione della sfera pubblica. Un nuovo caso italiano»: *Democrazia e diritto* 1 (2003), 21-34. Cf. en el mismo fascículo, dedicado al fenómeno berlusconiano, F. Cassano, «Quei comunisti dei beni pubblici: l'ideologia del privatismo di massa», pp. 11-20; A. Bonomi, «Il chiunque e la moltitudine. Le anime del berlusconismo», pp. 35-44; R. Schiattarella, «Berlusconi e la politica economica», pp. 45-60. Cf. también F. Tuccari (ed.), *Il governo Berlusconi. Le parole, i fatti, i rischi*, Laterza, Roma-Bari, 2002, que ofrece un denso balance de los conflictos de intereses que han condicionado, desde los primeros meses, al gobierno de centroderecha y que se han manifestado en la aprobación de todo un *corpus iuris ad personam*: en materia de justicia, mediante las leyes de despenalización de las falsedades contables, las trabas burocráticas impuestas a las comisiones rogatorias, la legítima sospecha en materia de imparcialidad de los juicios, la inmunidad de los más altos cargos políticos y la reducción de los plazos de prescripción; en materia de televisión, mediante el rebajamiento de la calidad de la televisión pública, la eliminación de las voces discrepantes y la ley 112/2004, de 3 de mayo, dirigida a reforzar el monopolio berlusconiano de la información; en la política fiscal, que ha favorecido los intereses del *premier* con la abolición de los impuestos sobre sucesiones y donaciones y las numerosas condonaciones; en la propia formulación, en fin, de la ley sobre conflictos de intereses, que es ella misma una expresión clamorosa del conflicto de intereses, por ella legitimado gracias a una norma —el art. 2— que afirma: «No constituye motivo de incompatibilidad la mera propiedad de una empresa individual ni de participaciones o acciones societarias, siempre que no comporte la asunción de cargos o el ejercicio de actividades». Cf. también G. Bocca, *Piccolo Cesare*, Feltrinelli, Milano, 2002; Íd., *Basso impero*, Feltrinelli, Milano, 2003;

M. Prospero, *Berlusconi e la privatizzazione del politico*, Manni, Leche, 2003; P. Ginsborg, *Berlusconi. Ambizioni patrimoniali in una democrazia mediatica*, Einaudi, Torino, 2003.

36. Añádanse los principios generales del derecho sobre la incompatibilidad entre funciones públicas y robustos intereses privados que son propios de todos los ordenamientos avanzados, incluso del italiano, en el que se expresan por normas constitucionales específicas: como el deber de «imparcialidad» de la Administración Pública (art. 97), que está sometida a la «unidad de dirección política y administrativa del presidente del Consejo de Ministros» (art. 95); la obligación de éste, sancionada con el juramento constitucional (art. 93), de «ejercer las funciones en el interés *exclusivo* de la Nación»; el principio de igualdad, en fin, que no permite privilegios ni discriminaciones inspiradas por intereses particulares en la gestión de la cosa pública.

37. Por eso el art. 10 de la ley electoral italiana 361/1957, de 30 de marzo, declara inelegibles «a quienes en su nombre o en calidad de representantes legales de sociedades o empresas privadas resulten vinculados con el Estado [...] por concesiones o autorizaciones administrativas de notable entidad económica». Recuérdese lo que escribe Kant sobre el soberano: «De un soberano puede decirse que *no posee nada* (como propio) más que a sí mismo; porque si tuviera algo propio en el Estado, junto a la propiedad de otro, sería posible que disputara con él y no habría juez alguno que pudiera juzgar como árbitro» («Principios metafísicos de la doctrina del derecho», § 49, B, cit., p. 156).

38. Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., lib. II, cap. II, p. 56. «La salud de las democracias —escribió Ortega y Gasset—, cualesquiera que sean su tipo y su grado, depende de un mísero detalle técnico: el procedimiento electoral. Todo lo demás es secundario» (J. Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas* [1930], Espasa Calpe, Madrid, II parte, § 7, p. 180).

39. Como ha observado Gianni Ferrara, mientras el sistema proporcional, utilizando en vía de principio todos los votos válidos, asegura la igualdad de voto «tanto en la partida como en el destino», el sistema mayoritario asegura «la igualdad del voto sólo en el momento en que se expresa y no en cuanto a su eficacia en contribuir a determinar la composición de las asambleas representativas» (G. Ferrara, *Gli atti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 28-29).

40. H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte IV, B, h), 3, p. 353; Íd., *Los fundamentos de la democracia*, cit., cap. III, p. 320: «El sistema de representación proporcional es la mayor aproximación posible al ideal de autodeterminación en una democracia representativa y, por tanto, el sistema electoral más democrático, precisamente a causa de que no exige una lucha competitiva por el voto del pueblo».

41. «En una democracia parlamentaria, el partido político es un vehículo esencial para la formación de la opinión pública» (H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte IV, B, h], 3, p. 350); «La democracia moderna descansa, puede decirse, sobre los partidos políticos» (H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, cit., cap. II, pp. 35-35). En el mismo capítulo Kelsen polemiza con los críticos de los partidos, identificándolos pura y simplemente con los críticos de la democracia.

42. El compromiso político, tal y como se expresa en la dialéctica parlamentaria entre fuerzas políticas elegidas con método proporcional y tendencialmente cerrado por la rigidez de las coaliciones generada por el sistema mayoritario, es según Kelsen un elemento esencial de la democracia: «La discusión libre entre mayoría y minoría es esencial a la democracia, porque constituye la forma idónea para crear una atmósfera favorable a un compromiso entre mayoría y mino-

ría; pues el compromiso forma parte de la naturaleza misma de la democracia. Por compromiso se entiende la solución de un conflicto por una norma que no coincide enteramente con los intereses de una de las partes, ni se opone enteramente a los de la otra. En la medida en que en una democracia el contenido del orden jurídico no se encuentra exclusivamente determinado por el interés de la mayoría, sino que representa el resultado de un compromiso entre los dos grupos, la sujeción voluntaria de todos los individuos al orden jurídico resulta más fácil que en cualquier otra organización política. Precisamente en virtud de esta tendencia hacia el compromiso, es la democracia una aproximación al ideal de la autodeterminación completa» (H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., parte II, IV, B, e], p. 342).

43. «Una de las ventajas del sistema de la representación proporcional consiste en que no es necesaria la competencia de candidatos de diferentes partidos políticos. De acuerdo con el sistema de la representación mayoritaria, cada delegado es electo con los votos de un grupo, el grupo mayoritario, en contra de los del otro, el grupo minoritario. De acuerdo con el sistema de la representación proporcional, cada representante es electo solamente con los votos de su propio grupo, y no contra los votos de otro». (H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, *loc. ult. cit.*, p. 353). Sobre el principio mayoritario, cf. el clásico ensayo de E. Ruffini, *Il principio maggioritario. Profilo storico* [1927], Adelphi, Milano, 1976.

44. Cf., por ejemplo, P. Ch. Witt, «Le clausole restrittive della rappresentanza come garanzia per la formazione di maggioranze», en AA. VV., *Rappresentanza, legittimazione, minoranze. L'esperienza storica tedesca in un contesto comparativo*, Angeli, Milano, 1987, pp. 90-128. Haciendo uso del método de las simulaciones, Witt ha mostrado la falsedad de las tesis, convertidas en lugares comunes, según las cuales: *a*) la proporcionalidad de los sistemas electorales existentes, cuanto más perfecta, cerraría el paso a la formación de mayorías y de gobiernos estables; *b*) en la Alemania de Weimar habría favorecido la excesiva fragmentación de los partidos, responsable a su vez del derrumbe del régimen parlamentario y del ascenso del nazismo; *c*) la presencia de cláusulas electorales restrictivas y/o de sistemas electorales mayoritarios garantizaría, por el contrario —y habría garantizado en la Alemania de Weimar— una mayor estabilidad de los gobiernos y consiguientemente de las instituciones parlamentarias. Witt ha mostrado en particular cómo en la República de Weimar un sistema electoral dotado de una cláusula de barrera como la del límite del 5 por ciento introducida en la República Federal Alemana no habría aumentado apenas la posibilidad de sólidas mayorías de gobierno ni, por tanto, impedido la crisis del sistema parlamentario, debida por el contrario al poder del presidente del *Reich* de disolver el parlamento, además de, obviamente, a mucho más graves y decisivas causas políticas y sociales que no tienen nada que ver con cuestiones de técnica electoral.

45. Recuérdense las duras páginas de Piero Gobetti contra el sistema uninominal —«una forma feudal» que «se expresa en la formación de una clase de políticos prestos a degenerar en una práctica de politiquería parasitaria»— y en favor del sistema «proporcional», que sirvió para «crear las condiciones de la lucha política y del normal desenvolvimiento de la obra de los partidos» (*La rivoluzione liberale. Saggio sulla lotta politica in Italia* [1924], Einaudi, Torino, 1964, III, p. 154). «Uno de los signos más fuertes de disgregación de la posguerra», prosigue Gobetti, «no fue la lucha de clases, sino el peligro de que las clases se fragmentasen en categorías [...] Sólo el sistema proporcional tuvo por algunos años la virtud de utilizar estas fuerzas disgregadoras obligándolas a trasladar los intereses al campo político, donde naturalmente son conducidos a

coordinarse renunciando a su exclusivismo precisamente cuando cada uno más lo afirma y lo defiende. Para vencer, el fascismo debió trastocar los resultados liberal-conservadores de dos experimentos en favor de la proporcionalidad y opuso al ejército de los electores bandas de esclavos ignaros de los derechos políticos. Su instinto de patrones guía de modo bastante preciso a los fascistas en la lucha contra la proporcional. Ahora, estos patrones son tanto más curiosos en cuanto que nos quieren presentar sus estratagemas de vulgar restauración como descubrimientos futuristas [...] Donde prevalece sin incertidumbres una mayoría no se tiene nada más que una oligarquía larvada» (*ibid.*, pp. 155-156).

46. Contra esta «irresponsabilidad de los diputados, denominada *inmunidad*, e invocada no respecto de los electores sino ante las autoridades y especialmente las de orden judicial», recuérdense las palabras de Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, cit., cap. IV, pp. 67-68: «El hecho de que un diputado sólo pueda ser perseguido judicialmente o detenido por un delito cuando el Parlamento lo autorice, supone un privilegio surgido en la época de la Monarquía estamental, es decir, en los tiempos de la competencia más violenta entre el Parlamento y el Gobierno monárquico [...] Pero dentro de una República parlamentaria, en que el Gobierno no es sino una emanación del Parlamento y se halla bajo el control de la oposición y la opinión pública en general, toda vez que la independencia del poder judicial no está menos asegurada que en la Monarquía constitucional, carece de sentido tratar de proteger al Parlamento frente a su propio Gobierno. Ni siquiera puede tener aplicación este privilegio para proteger a las minorías contra el albedrío de las mayorías [...], por la sola razón de que semejante protección no es posible mientras la mayoría pueda acordar la entrega de un diputado a la autoridad que lo persiga».

47. Instituciones de garantía y sistemas de justicia electoral —de tipo administrativo y/o jurisdiccional y/o político—, encargados de garantizar la regularidad y la corrección de las elecciones y de resolver las controversias en materia electoral, están presentes en casi todos los países de América Latina. Cf., para un amplio análisis de tipo comparativo, J. Orozco Henríquez, «El Contencioso electoral», en D. Nohlen, S. Picado y D. Zovatto (eds.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Ife, Ciudad de México, 1998, pp. 708-807; Íd. (ed.), *Sistemas de Justicia Electoral: Evaluación y Perspectivas*, Ife, Ciudad de México, 1999. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Electoral mexicano, cf. *Jurisprudencia y Tesis Relevantes. 1997-2005, Compilación oficial*, 2 vols., Tribunal Electoral, México, 2005. Cf. además R. Becerra, P. Salazar y H. Woldenberg, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, Cal y Arena, México, 2000, cap. III, titulado «La invención del Ife». En cuanto a Europa, han de recordarse por lo demás las competencias confiadas por los arts. 58-60 de la Constitución francesa al *Conseil Constitutionnel* en orden a la vigilancia sobre la regulación de la elección del Presidente de la República, al examen de los reclamos presentados, a las decisiones, en caso de contestación, sobre la regularidad de las elecciones de los diputados y senadores y a la supervisión de la regularidad de las operaciones del referéndum.

48. Es siempre actual, bajo muchos aspectos, el clásico ensayo de R. Michels, *Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie* [1911], trad. cast., *Los partidos políticos: Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia*, Amorrortu, Buenos Aires, 1969; Íd., *Antologia di scritti sociologici*, ed. de G. Sivini, Il Mulino, Bologna, 1980. Cf., sobre Michels, E. Ripepe, *Gli elitisti italiani*. I, *Mosca – Pareto – Michels*, Pacini, Pisa, 1974, vol. I, pp. 459-548; G. Sivini, Introducción a R. Michels, *Antologia*..., cit.; P. Ferraris, *Saggi su Roberto Michels*, Jovene, Napoli, 1993.

49. H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, *loc. ult. cit.*, p. 350: «La idea de la democracia implica una amplísima libertad en la formación de los partidos políticos; pero el carácter democrático de una Constitución en modo alguno resulta menguado si ésta contiene estipulaciones destinadas a garantizar una organización democrática de los partidos».

50. C. Salvi y M. Villone, *Il costo della democrazia. Eliminare sprechi, clientele e privilegi per riformare la politica*, Mondadori, Milano, 2005, pp. 53-55. Sólo en 2003 han sido 168.727 las consultas y encargos externos conferidos por ministros, parlamentarios y asesores, de los cuales 70.606 nombrados por las Regiones y las demás autonomías locales (*ibid.*, p. 26).

51. La ley 2/1997, que introdujo un fondo del 4 por mil del IRPF conforme al modelo del 8 por mil introducido para las Iglesias, ha fracasado (y fue derogada dos años después) precisamente porque, como observan C. Salvi y M. Villone, *Il costo della democrazia...*, cit., p. 12, preveía la financiación de todos los partidos y no, como para las Iglesias, del partido preferido por el contribuyente. El argumento en apoyo de esta extraña figura fue que de otro modo se violaría el secreto del voto: como si esto fuese un valor en sí mismo y no en cambio una tutela del ciudadano contra indebidas violaciones por parte de otros.

52. Sobre este tipo de acciones positivas, véanse, *supra*, el § 11.14 e, *infra*, la nota 121.

53. Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., lib. XI, cap. IV, p. 150.

54. Sobre el valor garantista de la colegialidad y su coesencialidad en cualquier órgano representativo, véase en fin G. Ferrara, «Il diritto come storia»: *Diritto pubblico* (2005), 9 ss., que recuerda la ejemplar división del poder y sus bases electorales en la república romana, colegial en cuanto a la composición dual del consulado y, obviamente, en cuanto a la del Senado: una división, por lo demás, que fue instituida después de la expulsión de Tarquino el Soberbio —producida ella misma en virtud de dos actos colegiales, uno del Senado y otro de los Comicios curiados— y que decayó con la unificación de Augusto de las distintas *potestates* en una única persona.

55. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., cap. XXIX, § 12: p. 260: «Hay una sexta doctrina que va clara y directamente contra la esencia del Estado, y es ésta: *que el poder soberano puede ser dividido*. Pues, ¿qué otra cosa puede ser dividir el poder de un Estado sino disolverlo? Los poderes que están divididos se destruyen mutuamente». Véanse también los pasajes reproducidos *supra* en la nota 4 del capítulo XIII e *infra* en la nota 60.

56. Sobre el principio de subsidiariedad, véanse E. Tosato, «Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale» [1959] e Íd., «Rapporti fra persona, società intermedie e Stato» [1982], en *Persona, società intermedie e Stato. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1980; G. Amato, «Il mercato nella Costituzione»: *Quaderni costituzionali* I (1992), 7 ss.; P. Caretti, «Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale»: *ibid.* I (1993), 7 ss.; L. Vandelli, «Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3B del Trattato sull'Unione Europea»: *ibid.* (1993), 379 ss.; A. Rinella, «Osservazioni in ordine alla ripartizione delle competenze tra Comunità europea e Stati membri alla luce del principio di sussidiarietà»: *ibid.* III (1994), 431 ss.; E. Strozzi, «Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione Europea»: *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* (1993), 59 ss.; Íd., *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale. Dal trattato di Roma, al trattato di Nizza*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 47 ss.; S. Cassese, «L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea»: *Foro italiano* 5 (1995), cols. 373 ss.; J. Lüther, «Il principio

di sussidiarietà: un 'principio speranza' per il diritto costituzionale comune europeo?»: *ibid.* V (1996), cols. 184 ss.; G. D'Agnolo, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, Cedam, Padua, 1998; A. Rinella, L. Coen y R. Scarciglia, *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Cedam, Padua, 1999; G. Cotturri, *Potere sussidiario. Sussidiarietà e federalismo in Europa e in Italia*, Carocci, Roma, 2001; L. Bobbio, «Invece dello Stato: reti»: *Parolechiave* 34 (2005).

57. Una adopción parcial del principio fue realizada por el art. 118 párrafo 4 de la Constitución italiana, modificado por el art. 4 de la ley constitucional 3/2001, de 18 de octubre: «Estado, Regiones, Ciudades metropolitanas, Provincias y Municipios favorecen la iniciativa autónoma de los ciudadanos, particulares y asociados, para el desarrollo de actividades de interés general, conforme al principio de subsidiariedad»: norma, por lo demás, que en los términos genéricos en los que está formulada corre el riesgo de convertirse en una legitimación y un incentivo a la mera privatización de servicios públicos.

58. Recuérdese asimismo el art. 118, 1.º párrafo, introducido también con la revisión constitucional de 2001: «Las funciones administrativas se atribuyen a los Municipios salvo que, para asegurar su ejercicio unitario, se confieran a Provincias, Ciudades metropolitanas, Regiones y Estado, conforme a los principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación».

59. J. S. Mill, *Del gobierno representativo*, cit., cap. III, p. 35: «cada uno es el único custodio seguro de sus derechos e intereses»; Íd., *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, [2]1979, Introducción, p. 69: «cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual»; *ibid.*, cap. IV, pp. 155-156: cada uno «es la persona más interesada en su propio bienestar [...] Todos los errores que pueda cometer aun contra [...] consejos y advertencias están compensados con creces por el mal de permitir que los demás le impongan lo que ellos consideran beneficioso para él». La misma tesis había sido expresada por J. Bentham, «Principios de legislación», cap. XII, en *Tratados de legislación civil y penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 77: «Dejad a los individuos la mayor latitud posible en todos los casos en que no pueden dañar sino a sí mismos, porque ellos son los mejores jueces de sus intereses».

60. «Además, puede suponer una tentación excesivamente fuerte para la fragilidad humana, demasiado afecta, ya de por sí, a aferrarse al poder, el que las mismas personas que tienen el poder de hacer las leyes tengan también el de ejecutarlas. Ello podría dar lugar a que se eximieran del cumplimiento de las leyes que ellos mismos hacen y que adecuaran la ley, tanto en su redacción como en su ejecución, a sus propios fines privados, con lo que sus intereses serían distintos de los del resto de la comunidad y contrarios al fin de la sociedad y del gobierno. En consecuencia, en aquellas repúblicas que están bien ordenadas, en donde el bien general se considera como es debido, el poder legislativo se deposita en las manos de varias personas, las cuales, debidamente reunidas en asamblea, tienen por sí mismas o junto con otras el poder de hacer las leyes. Y, una vez cumplida esta tarea, se separan de nuevo y se convierten en súbditos de esas leyes que ellos mismos han hecho. De modo que no tienen más remedio que procurar que las normas que dictan sirvan para el bien común» (J. Locke, *Segundo ensayo sobre el Gobierno civil*, cit., § 143, pp. 310-311; cf., también, *ibid.*, los §§ 145-156, pp. 311-319). Análogamente, J.-J. Rousseau, *Del contrato social*, cit., lib. III, cap. IV, p. 72: «No es bueno que quien hace las leyes las ejecute, ni que el cuerpo del pueblo desvíe su atención de las miras generales para volverla a los objetos particulares». Firmemente contrario a todo tipo de división o separación de los poderes fue en cambio, obviamente, Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., parte II, XVIII, p. 152, donde «los derechos que constituyen la esencia de la soberanía» son

declarados «incomunicables e inseparables [...] Y ésta es la división a la que se alude cuando se dice que *un reino dividido en sí mismo no puede permanecer*»; *ibid.*, cap. XXVI, pp. 218-219, donde entre las «opiniones disparatadas de los juristas» Hobbes cita la de «que los dos brazos de un Estado son *la fuerza y la justicia; que la primera reside en el rey, y la segunda se ha depositado en manos del Parlamento*, como si un Estado pudiera sostenerse cuando la fuerza está en una mano, y la justicia carece de la autoridad de mandar y gobernar». Véase también, *ibid.*, el cap. XIV, pp. 160-161.

61. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* [1765-1769], trad. it. en *Antologia dei costituzionalisti inglesi*, ed. de N. Matteucci, Il Mulino, Bologna, 1962, pp. 167-168: «En todos los gobiernos tiránicos la suprema magistratura, es decir, tanto el derecho de *hacer* las leyes como el de *hacerlas cumplir*, pertenece a un solo y mismo hombre o a un solo y mismo conjunto de hombres: y allí donde estos poderes están unidos, no puede haber libertad pública [...] Pero donde el poder legislativo y el ejecutivo están en manos distintas, el primero procurará no conceder al segundo un poder tan grande que pueda tender a subvertir su propia independencia, y por tanto la libertad de los súbditos. Por eso entre nosotros en Inglaterra este supremo poder está dividido en dos ramas: la primera, legislativa, es decir, el Parlamento, compuesto por el Rey, los Lores y los Comunes; la segunda, ejecutiva, compuesta sólo por el Rey»; H. S.-J. Bolingbroke, en *ibid.*, p. 162: «Para que este contrato no sea infringido por el príncipe respecto del pueblo [...] el poder legislativo, que es el supremo, viene repartido por nuestra constitución entre tres órganos, de los que el rey es uno. Mientras que los miembros de los otros dos mantengan su independencia [...] el control ejercido por ellos sobre el primero será siempre suficiente (*ibid.*, p. 162): «al igual que un mal rey deberá siempre respetar y temer a un honesto Parlamento, así una degenerada Cámara de los Comunes deberá respetar y temer a un pueblo honesto» (*ibid.*, p. 164).

62. Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., lib. XI, cap. 6, p. 151. «Si va unido al poder legislativo», prosigue Montesquieu, «el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares» (*ibid.*, pp. 151-152); «En los Estados despóticos el príncipe puede administrar justicia por sí mismo. No es así en la Monarquía, ya que la constitución sería destruida y los poderes intermedios reducidos a la nada» (*ibid.*, lib. VI, cap. V, p. 101).

63. La tesis de Montesquieu fue recogida por Diderot en la voz, ya referida en la nota 13 del capítulo II, «Liberté civile» de la *Encyclopédie des sciences*, ed. de Livorno, 1773, tomo IX, p. 427, trad. cast. en *Artículos políticos de la «Enciclopedia»*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 119: «No existe ninguna libertad en los Estados donde el poder legislativo y el poder ejecutivo están en la misma mano. Con mayor razón no existe tampoco en aquellos donde el poder de juzgar está unido al legislativo y al ejecutivo»; por C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Trotta, Madrid, 2011: «El soberano, que representa a la sociedad misma, sólo puede establecer leyes generales que obliguen a todos los miembros, pero no juzgar si uno de ellos ha violado el contrato social, porque entonces la nación se dividiría en dos partes, una representada por el soberano, que afirma la violación del contrato, y la otra por el acusado, que la niega»; por I. Kant, «Principios metafísicos de la doctrina del derecho», cit., parte II, sección I, § 45, p. 142:

«Cada Estado contiene en sí tres *poderes*, es decir, la voluntad universal unida en una triple persona (*trias politica*): el *poder soberano* (la soberanía) en la persona del legislador, el *poder ejecutivo* en la persona del gobernante (siguiendo la ley) y el *poder judicial* (adjudicando lo suyo de cada uno según la ley) en la persona del juez *potestas legislatoria, rectoria et iudiciaria*)»; aunque «los tres poderes», añande Kant en términos no límpidos, están «en primer lugar» no tanto separados como «coordinados entre sí como personas morales (*potestates coordinatae*), es decir, que una persona complementa a las otras para lograr la integridad de la constitución del Estado (*complementum ad sufficientiam*); pero, en segundo lugar, también están *subordinados* (*subordinatae*), de tal modo que uno no puede a la vez usurpar la función de los otros, a la que secunda, sino que tiene su proprio principio; es decir, que aunque manda en calidad de persona particular, sin embargo lo hace condicionado por la voluntad de un superior; en tercer lugar, por la unión de ambos se otorga a cada súbdito su derecho» (*ibid.*, § 48, p. 146). Recuérdese en fin G. Romagnosi, *Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa...*, cit., parte I, cap. VII, § 50, pp. 111-112: «Así pues, conviene que el orden judicial sea dependiente en sus funciones de la ley e independiente de las pasiones armadas de poder», de modo que prevalezca únicamente «un sentimiento personal de verdad y de justicia».

64. Véase el pasaje de Kelsen aquí reproducido en la nota 21. Pero recuérdense también la denuncia de las colusiones entre política y administración y la reivindicación de la autonomía de la segunda —la cual «ha adquirido tales dimensiones y desarrollos que no se pueden numerar las relaciones en las que los ciudadanos se encuentran con ella a cada paso»— respecto de la primera formuladas hace más de un siglo, en nombre de los principios de «legalidad», de «igualdad jurídica» y de «justicia para todos y hacia todos, tanto para la mayoría como para la minoría», por Silvio Spaventa, «Giustizia nell'amministrazione» [1880], en Íd., *Giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Istituto per gli studi filosofici, Napoli, 2006, pp. 20-21 y *passim*.

65. Sobre las autoridades independientes, me limito a remitir, entre la hoy inmensa literatura, a S. Cassese, «I caratteri originari e gli sviluppi attuali dell'amministrazione pubblica italiana»: *Quaderni Costituzionali* (1987), 449 ss. y 459 ss.; C. Franchini, «Le autorità amministrative indipendenti»: *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 3 (1988), 549-553; M. D'Alberti, «Autorità amministrative indipendenti», en *Enciclopedia giuridica Treccani*, cit., vol. IV, 1995; S. Cassese y C. Franchini (comps.), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996; S. Niccolai, *I poteri garanti della costituzione e le autorità indipendenti*, Ets, Pisa, 1996; S. Labriola, «Le autorità indipendenti (Note preliminari)», en Íd. (ed.), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi di transizione nel diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 1-62; G. Amato, «Autorità semi-indipendenti e Autorità di garanzia»: *Rivista trimestrale di diritto pubblico* (1997), 645 ss.; F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo 'quasi' giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000; Íd., *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Il Mulino, Bologna, 2002; G. Giraudi y M. S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Laterza, Roma-Bari, 2001, con amplia bibliografía.

66. Cf. S. Cassese y C. Franchini (comps.), *I garanti delle regole*, cit.

67. S. Labriola, «Le autorità indipendenti...», cit., pp. 7-9 y 44. Por lo demás, no es convincente la tesis de Silvano Labriola según la cual no son extrañas a tales autoridades las funciones de dirección política (*loc. cit.*, pp. 8-10 y 44). Como reconoce el mismo Labriola, en realidad, no sólo están dotadas de auto-

nomía y por tanto de separación funcional respecto de las autoridades de gobierno, al no estar sus actos sometidos a controles políticos o administrativos (*ibid.*, pp. 14-22), sino que ni siquiera existe responsabilidad política alguna para quienes tienen el poder de nombrarlas (*ibid.*, p. 12). Bajo estos aspectos vale para ellas, al menos por lo que se refiere a su modelo teórico y normativo, lo afirmado por Sabino Cassese para las autoridades estadounidenses en el pasaje aquí citado en la nota 69. Eso no quita para que, sobre todo su separación orgánica de las fuerzas de la mayoría, debiera ser acentuada y garantizarse mejor.

68. Cf. M. G. Garofalo, «I dirigenti pubblici tra controllo político e autonomia professionale»: *Questione giustizia* 5 (2003), 937-993; T. Varrone, «Spoils system e orientamenti giurisprudenziali»: *ibid.*, 968-972; P. De Ioanna y M. Grana, «Riforma dell'amministrazione, diritti dei cittadini, ruolo della dirigenza»: *Democrazia e diritto* 1 (2004), 147-155.

69. Por esto, como observa Sabino Cassese, «en los Estados Unidos, donde no se ha afirmado el principio de la llamada responsabilidad ministerial y donde el poder de gobierno ha estado siempre separado del poder administrativo, el sistema administrativo está, desde el origen, ordenado por autoridades independientes, denominadas *agencies*, *commissions*, *boards*, etc. Estas administraciones no son órganos de dirección política. Órgano de dirección política es sólo el Presidente. Estas administraciones, en cambio, son órganos de *adjudication*, en el sentido de que presentan un elemento propio del sistema judicial, el de la neutralidad, imparcialidad o terciedad respecto de los intereses en juego» (*La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 65). Sería por eso inconcebible en este sistema una práctica de *spoils system* que afectara a tales administraciones, aquí caracterizadas como funciones e instituciones de garantía. Ya A. de Tocqueville, *La democracia en América*, cit., vol. I, Primera Parte, cap. V, había destacado que «los americanos habían aislado casi enteramente la administración del gobierno» (*ibid.*, p. 240), tanto por el carácter electivo de gran parte de los administradores como porque «en los Estados Unidos no existe centralización administrativa», dado que «la descentralización ha sido llevada entre ellos a un grado que ninguna nación europea podría soportar», mientras que «la centralización gubernamental existe en el más alto grado. Sería fácil probar que el poder nacional se halla en ellos más concentrado de lo que nunca estuvo en ninguna de las viejas monarquías de Europa» (*ibid.*, p. 238). Un aspecto de esta «centralización gubernativa» (pero no administrativa) es el hecho de que «en los Estados Unidos, una vez que un partido se ha hecho dominante, todo el poder público pasa a sus manos. Sus amigos ocupan todos los empleos y disponen de todas las fuerzas organizadas» (*ibid.*, vol. I, Segunda Parte, cap. IV, p. 370). Pero eso nunca ha afectado a la «ausencia de centralización administrativa», dado que «la mayoría, al volverse más y más absoluta, no ha acrecentado las atribuciones del poder central» y se ha limitado a hacerlo «todopoderoso en su esfera» (*ibid.*, cap. VIII, p. 468). En los Estados Unidos, en suma, sea por el desarrollo de autoridades administrativas independientes, sea porque no existe centralización sino descentralización administrativa, las funciones administrativas de garantía —por lo demás bastante más reducidas que en Europa en materia de derechos sociales— resultan totalmente separadas de las funciones de gobierno, exactamente según la tesis teórica aquí sostenida (T12.115, T12.180).

70. C. Salvi y M. Villone, *Il costo della democrazia...*, cit., p. 97: «Ninguna organización compleja podría funcionar razonablemente en un régimen de amplia precariedad. Y un cambio de propiedad en una gran empresa no se traduciría nunca en la idea de echar a todos, del administrador delegado a los cuadros, y en poner a gente nueva. El *spoils system* a la italiana comporta que todos

los dirigentes —los de la Administración Pública en sentido propio, y no sólo ellos— se precarizan no en relación con los resultados sino en razón directa de la situación política de los apoyos de mayoría. Un concepto de la administración que sólo se puede definir como propietario: cambia el patrón, cambia toda la servidumbre».

71. Un caso típico de degeneración clientelar es el de la administración sanitaria italiana ilustrado por C. Salvi y M. Villone, *Il costo della democrazia...*, cit., pp. 64 ss. Aunque la sanidad pública sea una típica función de garantía, la ley 833/1978, que establece el Servicio de salud nacional, confió su gestión, además del nombramiento y confirmación de los médicos de atención primaria, a las haciendas sanitarias locales y a través de ellas a sus dirigentes, nombrados conforme a acuerdos y repartos de partidos. La consecuencia ha sido que los médicos de atención primaria, en vez de ser seleccionados por comisiones examinadoras únicamente conforme a baremos de mérito, son elegidos directamente por los dirigentes —a su vez elegidos por los partidos con criterios habitualmente clientelares— dentro de largas listas de igualmente idóneos, y por tanto con criterios a su vez clientelares.

72. *Política*, Gredos, Madrid, 1988, V, 11, 1313a, p. 345: «Las realezas se conservan conduciéndolas de una forma más moderada. Cuanto menos sean sus atribuciones soberanas, más tiempo necesariamente permanece íntegro su poder, pues ellos se vuelven menos despóticos y más iguales en carácter a los demás, y provocan menos envida en sus súbditos. Por esto la realeza duró mucho tiempo entre los molosos, y la de los lacedemonios duró porque desde el principio el poder fue repartido entre dos, y a su vez Teopompo lo moderó, estableciendo entre otras la institución de los éforos; quitando poder a los reyes prolongó la duración a la realeza, de suerte que en cierto modo no la debilitó sino que la aumentó en importancia». Es la tesis exactamente opuesta a la de Hobbes aquí referida en las notas 55 y 60.

73. Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., lib. XI, cap. IV, p. 150. Véanse también los pasajes aquí reproducidos en la nota 62.

74. *Ibid.*, lib. XI, cap. VI, pp. 151-152.

75. *Ibid.*, p. 151.

76. «Es pues necesario que un tercero juzgue sobre la verdad del hecho. De ahí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias sean inapelables y consistan en meras aserciones o negaciones de hechos particulares» (C. Beccaria, *loc. ult. cit.*). Y todavía antes Thomas Hobbes había afirmado: «Las partes que están en controversia acerca de un derecho deben someterse al arbitraje de una tercera persona» (*De cive* [1647], trad. cast. de A. Catrysse, con introd. de N. Bobbio, *Del ciudadano*, Caracas, Instituto de Estudios Políticos, 1966, III, 20, p. 95), evidentemente externa, ajena e independiente de los intereses en conflicto. Merece ser recordado el modelo deontológico del buen juez diseñado por Hobbes, que bien puede ser extendido a los titulares de todas las funciones de garantía: «Las cosas que hacen de un hombre un buen juez o un buen intérprete de las leyes, son, en primer lugar, *un recto entendimiento* de esa principal ley de naturaleza llamada *equidad*. Dicho entendimiento, al no depender de la lectura de los escritos de otros hombres, sino de la bondad de la propia razón natural de un hombre y de su capacidad de reflexión, se presume que residirá en mayor medida en aquellos que han podido disponer de más tiempo, y que tienen una mayor inclinación a meditar sobre ese particular. En segundo lugar, *un desprecio por riquezas y honores innecesarios*. En tercer lugar, la capacidad, a la hora de juzgar, de despojarse de todo miedo, indignación, odio, amor y compasión. En cuarto, y por último, paciencia para escuchar; diligente atención a lo que se

oye, y memoria para retener, digerir y aplicar lo que se ha oído» (*Leviatán*, cit., XXVI, p. 228).

77. La frase «habrá un juez en Berlín» fue dirigida en 1780 por el molinero Arnold a Federico II, que quería apoderarse de su molino. Es citada por G. Radbruch, *Introducción a la ciencia jurídica*, prólogo de F. de los Ríos, trad. cast. de L. Recasens Siches, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, cap. VII, § 2. Contrariamente a cuanto se suele referir, en realidad Federico II ignoró la sentencia de los jueces y la sustituyó con un acto de fuerza, apoderándose del molino.

78. «En la organización de las naciones —escribió Francesco Carrara— se observa el fenómeno de que bajo los gobiernos despóticos la función de policía se mezcla con el derecho punitivo, y de que en los regímenes libres tanto aquélla como ésta se mantienen celosamente aparte» (F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale* [1859], trad. cast. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, *Programa de derecho criminal*, Parte General I, Temis, Bogotá, 1956, p. 21). Sobre el principio, propio del proceso acusatorio, de la separación no sólo funcional sino también orgánica entre funciones inquisitivas y funciones de juzgar, provistas ambas de las mismas garantías e independencia, remito a mi *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, [9]2009, § 6.2, pp. 93-94; § 39.3, pp. 567-570; § 40.3, pp. 581-584. Se trata de la vieja, añosa y doliente cuestión de la separación entre las carreras del ministerio fiscal y de los jueces, cargada en Italia de una infinidad de equívocos y de incomprensiones alimentadas por el enfrentamiento con la magistratura de instrucción, abierto por una parte de la clase política en defensa de su propia impunidad. El equívoco más grave es la idea de que la separación de las carreras implica alguna subordinación de la acusación pública al poder ejecutivo. Entre las dos cosas no existe en cambio ningún nexo lógico. Y no hay razón, una vez garantizada la independencia del ministerio fiscal —que tiene sus fundamentos autónomos en la separación del poder judicial respecto del poder ejecutivo en su conjunto como función de garantía y en la obligatoriedad de la acción penal en tutela del principio de igualdad y del de legalidad— para oponerse a la introducción de su más neta separación del papel de la magistratura juzgadora, en garantía de la imparcialidad de los jueces, es decir, de su equidistancia de las partes y de su ajeneidad a los fines por éstas perseguidos. Más bien es de fundamental importancia la separación no sólo funcional sino incluso orgánica de los cuerpos de policía judicial respecto de los de seguridad y orden público: al tratarse de aparatos de investigación auxiliares de la acusación pública, aquéllos deberían ser dependientes de ésta y en todo caso totalmente independientes, incluso en el plano administrativo, de las instituciones de gobierno. Se volverá sobre estas cuestiones en el § 15.14.

79. Remito, sobre esta caracterización del sistema de las garantías penales y procesales, a *Derecho y razón*, cit., caps. I, III y IX.

80. Véase, en este sentido, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* [1977], trad. cast. de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 285-289 y 283-388, donde se sostiene el carácter antimayoritario y antiutilitarista de los derechos fundamentales, si por «utilidad» se entiende la utilidad general: «Un derecho en contra del Gobierno debe ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese 'algo' se haga» (*ibid.*, p. 289); «Ningún sentido tendría jactarnos de que respetamos los derechos individuales a menos que ello lleve implícito cierto sacrificio, y el sacrificio en cuestión debe ser que renunciemos a cualesquiera beneficios marginales que pudiera obtener nuestro país al dejar de

lado estos derechos toda vez que resulten inconvenientes. De modo que el beneficio general no constituye una buena base para recortar los derechos» (*ibid.*, p. 288); «Si alguien tiene derecho a algo, está mal que el gobierno se lo niegue, aunque negárselo favoreciera el interés general»: éste es el «sentido de lo que es un derecho (al que se podría llamar el concepto antiutilitario de un derecho)» (*ibid.*, p. 384).

81. Recordemos la célebre frase de Tocqueville: «En cuanto a mí, cuando siento que la mano del poder pesa en mi frente, me importa poco saber quién me oprime y no estoy más dispuesto a poner mi cabeza bajo el yugo porque un millón de brazos me lo presenten» (A. de Tocqueville, *La democracia en América*, cit., vol. II, Primera Parte, cap. II, p. 717).

82. Véanse, *supra*, las notas 89 y 139 del capítulo XIII. Recuérdense también, contra las tesis de un posible riesgo de predominio del poder judicial sobre los demás poderes del Estado, las palabras de Alexander Hamilton: «el judicial [...] no influye ni sobre las armas ni sobre el tesoro», y por eso es, «sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder» y «nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos» (*El Federalista*, FCE, México, ^{2}2001, § 78, p. 331). La jurisdicción, por otro lado, consiste siempre en la aplicación sustancial de la ley, es decir, de la voluntad del poder legislativo tal y como se ha expresado antes del hecho juzgado; y esto vale también para la jurisdicción constitucional, consistente en la aplicación de aquella voluntad solemne que se expresó en el pacto constitucional y que Hamilton identificó, en el pasaje reproducido en la nota 36 del capítulo XIII, con la «intención del pueblo».

83. J. S. Mill, *Del gobierno representativo*, cit., cap. V, p. 55. La idea está conectada con la concepción negativa del poder como «mal necesario» y de la libertad como «protección contra la tiranía de los gobiernos políticos», que se consideraban «necesariamente en una posición antagónica a la del pueblo que gobernaban [...] Por esto, el fin de los patriotas era fijar los límites del poder que al gobernante le estaba consentido ejercer sobre la comunidad, y esta limitación era lo que entendían por libertad» (Íd., *Sobre la libertad*, cit., Introducción, p. 56).

84. Sobre el carácter de modelo límite o regulativo de los sistemas de garantía, y en particular del modelo garantista de derecho penal, reenvío a *Derecho y razón*, cit., §§ 1.4, 3, 6.2 y caps. III y XIII.

85. Cf. P. Aimo, *Le origini della giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1990; G. S. Pene Vidari, «Giustizia amministrativa (storia)», en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV ed., Utet, Torino, 1991, vol. VII, pp. 502-508; L. Mannori y B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Bari-Roma, 2003, pp. 305-342.

86. Esta crisis de la legalidad —basándose la legalidad del estado social «en el *positive feed-back*» en vez de en el «*negative feed-back*» propio del viejo estado liberal— sería insuperable sin más según N. Luhmann, «Il Welfare come problema político e teorico», en E. Fano, S. Rodotà y G. Marramao (comps.), *Trasformazioni e crisi del Welfare State*, De Donato, Bari, 1983, pp. 349-359. Remito, para una crítica de esta tesis, a mi «La crisi dello stato di diritto nello stato sociale», *ibid.*, pp. 419-429.

87. Elizabeth Wolgast ha llamado «derechos erróneos» y Tamar Pitch «derechos difíciles» a aquellos derechos que consisten en relaciones de tipo afectivo y asimétrico, como por ejemplo entre padres e hijos, y que no sólo son débiles sino que también está bien que lo sigan siendo, es decir, asistidos solamente por garantías primarias y no además por garantías secundarias (E. H. Wolgast, *The Grammar of Justice* [1987], trad. it., *La grammatica della giustizia*, Editori Riuniti, Roma, 1991, cap. II; T. Pitch, «Diritto e diritti. Un percorso nel dibat-

tito femminista»: *Democrazia e diritto* 2 [1993], 23-27; Íd., «L'antropologia dei diritti umani», en A. Giasanti y G. Maggioni [eds.], *I diritti nascosti. Approccio antropologico e prospettiva sociologica*, Cortina, Milano, 1995, p. 196). Para estos derechos —se afirma—, mientras que la existencia de la garantía primaria consistente en el deber a ellos correspondiente es, en el sentido común, un factor de reforzamiento de su valor vinculante, puede ser inútil, e incluso dañina, una excesiva invasividad del derecho provocada por su accionabilidad en juicio. Es una tesis que, más allá de su valoración de contenido, representa una confirmación ulterior de la validez teórica de la distinción varias veces afirmada entre los derechos y sus garantías, tanto primarias como secundarias, y de la existencia de los primeros con independencia de la de las segundas.

88. Recuérdese la identificación entre derecho natural y derecho privado y entre derecho público y derecho positivo realizada por Kant: «División general de los derechos. De los derechos, como *preceptos* (*Lehren*) sistemáticos: *derecho natural*, que sólo se basa en principios *a priori*, y *derecho positivo* (estatutario), que procede de la voluntad de un legislador» («División de la doctrina del derecho», B, en «Principios metafísicos de la doctrina del derecho», cit., p. 48); «La división suprema del derecho natural no puede ser la división en derecho *natural* y *social* (como sucede a veces), sino la división en derecho natural y *civil*: el primero de los cuales se denomina *derecho privado* y el segundo *derecho público*. Porque al *estado de naturaleza* no se contrapone el estado social sino el civil: ya que en aquél puede muy bien haber sociedad, sólo que no *civil* (que asegura lo mío y lo tuyo mediante leyes públicas), de ahí que el derecho en el primer caso se llame derecho privado» («División de la metafísica de las costumbres en general», III, *ibid.*, p. 54); cf., además, *ibid.*, el capítulo I de la «Primera parte de la doctrina del derecho», dedicada a «El derecho privado. Sobre lo mío y lo tuyo exterior en general», §§ 1-4, pp. 55-59, del que aquí se ha reproducido un pasaje en la nota 22 del capítulo X. Sobre esta distinción kantiana —entre derecho privado o natural como derecho «puramente racional o ideal» y derecho público o positivo como «derecho voluntario e históricamente determinado»— cf. N. Bobbio, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant* [1957], Giappichelli, Torino, [2]1969, pp. 143-148; G. Lumia, «Diritto pubblico e diritto privato nel pensiero de Kant»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* I-II (1960), 385-391. Cf. también G. Solari, *Filosofia del diritto privato*. I. *Individualismo e diritto privato* [1911], reimp. Giappichelli, Torino, 1959, pp. 202-290 (trad. cast. de O. Caletti, *Filosofía del derecho privado*. I. *La idea individual*, Depalma, Buenos Aires, 1946).

89. V. Scialoja, «La riforma dei codici di diritto privato in Italia» [1923], ahora en Íd., *Studi giuridici*, IV, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1933, p. 208. Cf., sobre la operación pandectística de naturalización y legitimación del derecho privado expresada emblemáticamente por este pasaje, C. Salvi, «La giusprivatistica fra codice e scienza», en A. Schiavone (ed.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 235-243.

90. De aquí la confusión corriente entre liberalismo y *liberismo* [o neoliberalismo], cuya distinción fue en cambio netamente realizada por Benedetto Croce, que adscribió el «liberismo económico» y el «liberalismo ético y político» a dos dimensiones distintas de la práctica, poniendo de relieve su incompatibilidad si se elevan ambas a «regla o ley suprema de la vida social»: «Dos leyes de igual grado en la materia son, evidentemente, demasiadas: hay una de más. Salvo el caso de que se demuestre que las dos son falaces, una de las dos debe someter, o, por mejor decirlo, incluir en sí a la otra [...] La dificultad se disuelve reconociendo la primacía no al económico liberismo sino al ético liberalismo, y tratando los

problemas económicos de la vida social siempre en relación con éste» (B. Croce, «Liberismo e liberalismo», en Íd., *Etica e politica* [1930], Laterza, Bari, 1967, pp. 263-265). Análogamente, Carlo Rosseli: «Por su apego dogmático al principio del liberalismo económico (propiedad privada, herencia, plena libertad de iniciativa en todos los dominios, el Estado, órgano de policía y de defensa), el liberalismo burgués ha encarcelado el espíritu dinámico del liberalismo...» («Socialismo liberale» [1930], en *Attualità del socialismo liberale. Settantesimo anniversario dell'assassinio dei fratelli Rosselli*, Alinea, Firenze, 2007, p. 31 [trad. cast., de D. Abad de Santillán, *Socialismo Liberal*, Editores Mexicanos Unidos, México, 1977, pp. 174-175]). Véase también, sobre la ideología o «religión» liberista, el pasaje de Luigi Einaudi aquí citado en la nota 136.

91. El primero y el tercer párrafo del art. 153 de la Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 establecían: «1. La propiedad está garantizada por la Constitución. Su contenido y sus límites derivan de las leyes [...] 3. La propiedad genera deberes. Su uso debe ser al mismo tiempo un servicio para el bien común». Se ha solido ver en estas normas el antecedente histórico de la fórmula adoptada por el art. 42, 2.º párrafo de la Constitución italiana: «La propiedad privada es reconocida y está garantizada por la ley, que determina sus modos de adquisición y disfrute y los límites con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos». Cf., sobre las dos fórmulas, G. Tarello, «La disciplina costituzionale della proprietà» [1973], en Íd., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 249 ss., y S. Rodotà, *Il terribile diritto*, parte III, Il Mulino, Bologna, 1981 (trad. cast. de L. Díez-Picazo, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Civitas, Madrid, 1987).

92. Es la tesis que he sostenido en *Derecho y razón*, cit., en particular en el cap. VI.

93. Véanse, por ejemplo, las perplejidades suscitadas por M. Bovero, «Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 238 y 240-241, y mi respuesta, *ibid.*, pp. 342-345.

94. Mientras que en el derecho privado, escribe Kelsen, «el sujeto que ha de ser obligado participa aquí en la producción de la norma obligante —en lo que consiste, en efecto, la esencia de la producción jurídica contractual—, en el orden administrativo del derecho público el sujeto que ha de ser obligado no tiene participación alguna en la producción de la norma que le obliga. Éste es el caso típico de una producción autocrática de normas; el contrato de derecho privado representa en cambio un método expresamente *democrático* de producción jurídica» (cursiva mía [se ha corregido la traducción castellana, diferente de la italiana: *N. del T.*]) (*Reine Rechtslehre* [1934], trad. cast. de J. T. Tejerina, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Editora Nacional, México, [2]1946, p. 149). El pasaje viene recogido en la *Teoría pura del derecho* de 1960 (trad. cast. de R. J. Vernengo, UNAM, México, 1979, p. 287); allí se añade que el derecho privado «es una forma adecuada de producción de normas jurídicas individuales para el sistema económico capitalista. Corresponde al principio de autodeterminación y tiene, en este sentido, un carácter *democrático*» (cursiva mía) (*ibid.*, p. 289). Véanse también los pasajes de Kelsen aquí reproducidos en la nota 77 del capítulo XI.

95. Sería perfectamente posible, como es obvio, configurar los derechos sociales, que son derechos universales positivos a los que corresponde la obligación de prestaciones, como derechos *erga omnes*. De ahí resultaría sin embargo una obligación extremadamente genérica. Recuérdese el art. 19 del proyecto de Constitución napolitana de 1799: «Es sagrado deber del hombre alimentar a los

necesitados», que equivale a una especie de deber de caridad al que debería corresponder un derecho por parte de todos. Igualmente genéricos son los «deberes inderogables de solidaridad política, económica y social» de los que habla el art. 2 de la Constitución italiana; donde «solidaridad» alude evidentemente a la tercera palabra —la «fraternidad»— del célebre lema de la Revolución francesa. Véanse, *supra*, las notas 40 del capítulo X y 66 y 67 del capítulo XIII.

96. Recuérdese la cruda definición del valor de una persona formulada por Hobbes, sobre la base de la diferenciación social de los papeles y las relaciones de poder: «El valor o valía de un hombre es, como ocurre con todo lo demás, su precio, es decir, lo que daríamos para hacer uso de su poder. Por tanto, no es algo absoluto, sino que depende de la necesidad y del juicio de los otros. Un hábil conductor de ejércitos es de gran precio en tiempos de guerra presente o inminente; pero no lo es tanto en tiempo de paz. Un juez instruido e insobornable tiene mucho valor en época de paz, pero no tanto en tiempo de guerra. Y, como sucede con otras cosas, sucede también con el hombre: que es el comprador, y no el vendedor, quien determina el precio. Pues aunque un individuo, como hacen la mayoría de los hombres, se dé a sí mismo el máximo valor, su valor real no será más que el que venga determinado por otros» (Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., X, p. 80).

97. Con referencia a los «derechos de libertad, predominantemente comprendidos en la categoría de los derechos inviolables del hombre genéricamente contemplados en el art. 2», la Corte Constitucional italiana ha afirmado, desde la sentencia 122/1979, de 9 de julio, que son «*erga omnes*»; y que lo es, en particular, «el derecho de manifestar libremente el propio pensamiento, garantizado expresamente por la Constitución en el art. 21, no sólo respecto de los poderes públicos sino también por lo que se refiere a las relaciones entre particulares».

98. Es el caso de la niña Mary Ellen, cuya custodia fue retirada a sus padres como consecuencia de un juicio promovido por la Sociedad protectora de animales. El episodio lo refiere E. García Méndez, «Per una storia sociale del controllo penale dell'infanzia»: *Dei delitti e delle pene* 1 (1992), 11. Sobre la violencia todavía hoy presente en la familia, véase el amplio estudio de C. P. Grosman y S. Mesterman, *Violencia en la familla. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos* [1989], Editorial Universidad, Buenos Aires, [3]2005, con amplia bibliografía en apéndice.

99. El origen de estas normas está en los arts. 375-382 del *Code civil* de Napoleón, desde el que pasaron al art. 222 del código civil italiano de 1865 y después al art. 319 del código de 1942, que establecía —antes de ser suprimido por la ley 151/1975, de 19 de mayo, de reforma del derecho de familia— que «el padre que no consigue frenar la mala conducta del hijo, con independencia de la aplicación de las normas contenidas en las leyes especiales, puede internarlo en una institución de corrección, con la autorización del presidente del tribunal. La autorización puede solicitarse también verbalmente. El presidente del tribunal, recibidas las informaciones, proveerá mediante decreto sin más formalidades y sin declarar los motivos».

100. Recuérdese todo el capítulo VI del título V del libro I del *Code civil* de Napoleón de 1804 (reproducido íntegramente por el código civil del Reino de Italia de 30.3.1806): «Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari» (art. 213); «La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre par-tout où il juge à propos de résider» (art. 214); «La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari» (art. 215); «La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement

par écrit» (art. 217); «Le mari administre seul les biens de la communauté. Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme» (art. 1421); «Le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme» (art. 1428). Normas análogas figuran en los códigos italianos preunitarios y luego en el código civil italiano de 1865: «El marido es el cabeza de familia; la mujer sigue la condición civil de él, adopta su apellido y está obligado a acompañarle donde él crea oportuno fijar la residencia» (art. 131); «La mujer no puede donar ni enajenar los bienes inmuebles, hipotecarlos, contraer préstamos, ceder o rescatar capitales, constituirse seguros ni transigir o actuar en juicio en relación con tales actos, sin la autorización del marido» (art. 134); «El marido sólo puede administrar los bienes comunes y ejercitar en juicio las acciones relativas a ellos» (art. 1438). Hasta la ley 4167/1877, de 9 de diciembre, no se derogaron las normas que excluían la capacidad de testificar de las mujeres en los actos públicos y privados. El código de comercio de 1882 extendió luego los derechos civiles a las mujeres comerciantes, no sin haber establecido en el art. 13, sin embargo, que «la mujer no puede ser comerciante sin el consentimiento expreso o tácito del marido». Y habría que esperar a la ley 1176/1919, de 17 de julio, para ver derogada la autorización marital para la realización de actos negociales. Cf., sobre la historia de la condición jurídica de las mujeres, C. F. Gabba, *Della condizione giuridica delle donne nelle legislazioni francese, austriaca e sarda. Studi di legislazione comparata*, Radaelli, Milano, 1861; Íd., *Della condizione giuridica delle donne*, Utet, Torino, 1880; J. S. Mill, *The Subjection of Woman* [1869], trad. cast., *El sometimiento de las mujeres*, Edaf, Madrid, 2005; F. Criscuolo, *La donna nella storia del diritto italiano*, Carini, Palermo, 1885; M. V. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, Bologna, 1979; E. Cantarella, *L'ambiguo malanno*, Riuniti, Roma, 1981; M. Graziosi, «Quotidianità femminile e piccola criminalità»: *Dei delitti e delle pene* I (1983), 154-165; Íd., «Infirmitas sexus. La donna nell'immaginario penalistico»: *Democrazia e diritto* 2 (1993), 99-143; Íd., «'Fragilitas sexus'. Alle origini della costruzione giuridica dell'inferiorità delle donne», en N. M. Filippini, T. Plebani y A. Scattigno (comps.), *Corpi e storia. Donne e uomini dal mondo antico all'età contemporanea*, Viella, 2003, pp. 19-38 (trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, «En los orígenes del machismo jurídico. La idea de inferioridad de la mujer en la obra de Farinacio»: *Jueces para la Democracia. Información y debate* 30 [1997], 49 ss.); L. Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Giuffrè, Milano, 1984; M. T. Guerra Medici, *I diritti delle donne nella società alto-medievale*, Esi, Napoli, 1986; Íd. (ed.), *Orientamenti civilistici e canonistici sulla condizione della donna*, Esi, Napoli, 1996; Íd., *L'aria di città. Donne e diritti nella città medievale*, Esi, Napoli, 1996; Íd., *La cittadinanza difficile. Introduzione allo studio della condizione giuridica della donna in Europa*, Università di Camerino, San Severino Marche, 2000; T. Pitch, *Responsabilità limitata*, Feltrinelli, Milano, 1989; Íd., «Diritto e diritti...», cit.; Íd., *Un diritto per due* [1998], trad. cast. de C. García Pascual, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003; I. M. Young, *Justice and the Politics of Difference* [1990], trad. cast., *La justicia y la política de la diferencia*, Valencia, Cátedra, 2000; G. Bonacchi y A. Groppi (eds.), *Il dilemma della cittadinanza: diritti e doveri delle donne*, Laterza, Roma-Bari, 1993; L. Martone, «L'incapacità delle donne nel sistema giuridico dell'Italia liberale»: *Democrazia e diritto* 2-3 (1996), 515-547; A. Rossi-Doria, *Diventare cittadine...*, cit.

101. M. T. Guerra Medici, *L'aria di città...*, cit., p. 13: «El aire de la ciudad hace a los hombres 'libres', recitaba un célebre dicho medieval que, sin embargo, nos parece difícil de extender a las mujeres». Cf. también el escrito inédito

de Arnold Toynbee (pero de 1969), publicado por Penelope J. Corfield y Paolo Ferrari en *Italia contemporanea* 216 (1999), 413-427, que muestra igualmente cómo la condición real de las mujeres empeoró con el paso de la época feudal a la moderna época de los derechos, y el comentario de A. Beltrametti, «I diritti che annullano i privilegi. Storia e storia delle donne secondo Arnold Toynbee»: *Genesis. Rivista della società italiana delle storiche* I/2 (2002), 33-47. Cf. también G. Alessi, «Diritti/privilegi. Inseguendo un confine mobile»: *ibid.*, 11-31. Por lo demás, como muestra L. Peppe, *Posizione giuridica*..., cit., en el paso de la época romana a la medieval ya se había producido una regresión en la condición de la mujer.

102. Cf., de M. T. Guerra Medici, *I diritti delle donne nella società altomedioevale*, Esi, Napoli, 1986; Íd., *L'aria di città*..., cit., pp. 21-28, que reproduce una larga serie de prejuicios antifeministas consagrados por otros tantos brocárdicos de ilustres juristas: «omnes mulieres sunt malae» [todas las mujeres son malas], «mulieres raro donant quia avarissime sunt» [las mujeres raras veces dan porque son muy avaras] (Odofredo); «mulieres sunt mobiles et inconstantes [...] item sunt sui natura avare [...] Item habent alias malicias et vitia que numerari difficile est [...] Item communiter sunt malae et raro invenitur bona mulier» [las mujeres son tornadizas e inconstantes [...] también son por naturaleza avaras de lo suyo [...] también tienen otras picardías y defectos que es difícil enumerar [...] también son por lo general malas y raramente se encuentra una mujer buena] y «mulier est dux malorum, scelerum artifex» [la mujer es guía del mal, artífice del crimen] (Alberico da Rosciate); «citius crescit herba mala quam bona» [crece más rápida la hierba mala que la buena], como explicación del desarrollo más precoz de las mujeres que de los hombres (Azzo). Entre los pocos que intentaron discutir o al menos poner en duda estas tesis, difundidas sobre todo entre los glosadores, Guerra Medici recuerda a Cino da Pistoia y a Bartolo da Sassoferrato. Por lo demás, la incapacidad jurídica de las mujeres siempre estuvo motivada por la idea de su inferioridad natural (cf. M. Graziosi, «Infirmitas sexus...», cit.; Íd., «'Fragilitas sexus'...», cit.). Por lo demás, se ha tratado de un prejuicio ampliamente avalado por gran parte del pensamiento filosófico, como lo documenta la óptima recopilación de textos clásicos editada por F. Collin, E. Pisier y E. Varikas, *Les femmes de Platon à Derrida. Anthologie critique*, Plon, Paris, 2000. Cf. también M. P. Paternò, *Dall'eguaglianza alla differenza. Diritti dell'uomo e cittadinanza femminile nel pensiero politico moderno*, Giuffrè, Milano, 2006.

103. M. T. Guerra Medici, «L'esclusione delle donne dalla successione legittima e la 'Constitutio super statutariis successionibus' di Innocenzo XI»: *Rivista di storia del diritto italiano* 56 (1983), 261-294; Íd., *L'aria di città*..., cit., pp. 39-46, donde se reproducen las detalladas normas sobre los vestidos de las mujeres contenidas en los estatutos municipales, que prevalecerán a veces incluso hasta nosotros bajo forma de normas de etiqueta: la prohibición de arrastrar los pies, de vestidos suntuosos, de maquillaje vistoso, de joyas pendientes y sonantes, de vestidos masculinos y similares. En materia de violencia sexual, se distinguía además entre mujeres *honestae* e *inhonestae*, casadas y *liberae*. Al violador, escribió Alberico da Rosciate, si demostraba que la víctima «erat vilis, inhonesta et a pluribus cognita [...] puniri non deberet» [era vulgar, deshonesta y catada por una mayoría [...] no debía ser castigado]: palabras recogidas por el estatuto de Moncalieri (cit. por M. T. Guerra Medici, *L'aria di città*..., cit., p. 36). Evidentemente, el objeto principal de la tutela era el honor masculino de los parientes de la mujer, mucho más que su integridad.

104. Es la máxima enunciada por Giovanni d'Andrea, *In quinque Decretalium Libros Novella Commentaria*, I, n.º 43, p. 108a, ed. de St. Kutner, Bottega

d'Erasmo, Torino, 1963, después recogida por Luca da Penne, *In Tres Libros*, XI, 71, n.º 1, J. Junta, Liote, 1582. Sobre la fórmula, véanse F. Calasso, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico* [1944], Giuffrè, Milano, [2]1951, pp. 172-173; D. Quaglioni, «'Quilibet in domo sua dicitur rex'. In margine ad alcune pagine di Francesco Calasso»: *Studi Senesi* 89, III serie/XXVI (1977), 345 ss.; M. T. Guerra Medici, *L'aria di città...*, cit., p. 49. Francesco Calasso, *loc. cit.*, rastrea «las raíces ideales» de la fórmula en un pasaje de Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, *Ia*, *IIae*, *quaestio* XC, art. III, n.º 3: «Sicut princeps civitatis est civitatis gubernator, ita quilibet paterfamilias est gubernator domus: sed princeps civitatis potest in civitate legem facere; ergo quilibet paterfamilias potest in sua domo facere legem» [Tal como el príncipe de una ciudad es el gobernador de la ciudad, así cualquier cabeza de familia es el gobernador de su casa. Pero el príncipe de la ciudad puede dictar una ley en su ciudad. Luego cualquier cabeza de familia puede dictar una ley en su propia casa]. Merece ser recordado, en apoyo de la patria potestad, este contradictorio pasaje de Kant sobre la igualdad de los cónyuges y a la vez sobre la superioridad del hombre: «La relación de los casados es una relación de *igualdad* en cuanto a la posesión [...] Si la cuestión consiste en saber si también se opone a la igualdad de los casados como tales que la ley diga del varón en relación con la mujer: él debe ser tu señor (él la parte que manda, ella la que obedece), no puede pensarse que esta ley esté en conflicto con la igualdad natural de una pareja humana, si a la base de esta dominación se encuentra sólo la superioridad natural de la capacidad del varón sobre la mujer» («Principios metafísicos de la doctrina del derecho», cit., § 26, pp. 99-100).

105. La «analogía entre las dos fórmulas» es puesta en evidencia por F. Calasso, *I glossatori...*, cit., p. 174. Sobre la fórmula *rex in regno suo est imperator*, cf. F. Calasso, «Origini italiane della formula 'Rex in regno suo est imperator'»: *Rivista di storia del diritto italiano* 3 (1930), 213 ss., que —en polémica con la tesis de F. Ercole, «L'origine francese di una nota formula bartoliana»: *Archivio storico italiano* (1915), 241 ss., que había sostenido la primera aparición en los escritos de Giovanni Blanosco y de Guglielmo Durante— retrotrae el origen al Proemio de Marino da Caramanico al *Liber constitutionum* para el Reino de Sicilia de Federico II, reproducido luego en apéndice en F. Calasso, *I glossatori...*, cit. Cf. también, sobre la fórmula, E. Cortese, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Bulzoni, Roma, 1966.

106. Esta singular y contradictoria asociación entre «naturalidad» de la familia y ese acto indudablemente artificial y convencional que es el «matrimonio» fue formulada por F. C. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts* [1840-1849], trad. cast., *Sistema del derecho romano actual*, Analecta, Pamplona, 2004 (reimp. facsímil de la trad. de J. Mesía y M. Poley), t. I, § 53, p. 263: «Dichas limitaciones [del hombre] y el complemento que ellas exigen se nos revelan [...] por [...] la diferencia de los sexos, [que] hace que el individuo represente la humanidad de una manera imperfecta, y de aquí la necesidad de completarla por medio del matrimonio» (tesis en cuyo apoyo Savigny cita en nota a J. G. Fichte, *Sittenlehre* [Moral], p. 449: «El matrimonio es una ley imperiosa para todo individuo de cada sexo [...] El hombre no casado sólo es hombre en la mitad»); *ibid.*, pp. 264-265: «la materia de las relaciones familiares se funda en la naturaleza orgánica del hombre y lleva el sello de la necesidad...; las relaciones de familia están destinadas a completar al individuo. Por último, el derecho de familia toca más de cerca que el derecho de bienes a los derechos llamados originales»; *ibid.*, § 54, pp. 265-266: las «partes constitutivas [de la familia] son el matrimonio, el poder paterno y el parentesco. La materia de cada una de estas relaciones es un

lazo natural que, como tal, está por encima de la humanidad misma (*jus naturale*). Por esta razón tienen un carácter de necesidad independiente del derecho positivo [...] Esta relación natural es a la vez, y necesariamente para el hombre, una relación moral, y cuando viene, por último, a unírsele la forma jurídica, reúne la familia tres elementos inseparables, a saber: el elemento natural, el moral y el legal». Todavía más brutalmente, las mismas ideas habían sido expresadas por I. Kant, «Principios metafísicos de la doctrina del derecho», cit., parte I, § 24, p. 98: «La comunidad sexual *natural* es, pues, o bien la comunidad según la mera *naturaleza* animal (*vaga libido, venus vulgivaga, fornicatio*) o bien la comunidad según la *ley*. Esta última es el matrimonio (*matrimonium*), es decir, la unión de dos personas de distinto sexo [...] Incluso suponiendo el placer como fin del uso mutuo de las facultades sexuales, el contrato conyugal no es un contrato arbitrario, sino un contrato necesario por la ley de la humanidad; es decir, que si el varón y la mujer quieren gozar mutuamente uno de otro gracias a sus capacidades sexuales, *han de* casarse necesariamente y esto es necesario según las leyes jurídicas de la razón pura». Coherente con tal concepción del matrimonio es la de los hijos ilegítimos, expresada por Kant en este terrible pasaje en justificación del «*infanticidio materno* (*infanticidium maternale*)»: «El niño venido al mundo fuera del matrimonio ha nacido fuera de la ley (que es el matrimonio), por tanto, también fuera de su protección. Se ha introducido en la comunidad de una forma —digamos— furtiva (como mercancía prohibida), de modo que ésta puede ignorar su existencia (puesto que legalmente no hubiese debido existir de este modo) y con ella también su eliminación, y ningún decreto puede borrar la deshonra de la madre si se conoce el alumbramiento fuera del matrimonio» («Principios metafísicos de la doctrina del derecho», cit., § 49, E, 1, pp. 172-173).

107. El divorcio se introdujo en Italia con la ley 898/1970 de 1 de diciembre, confirmada en 1974 por un referéndum popular. Sobre la realización en Italia del principio de igualdad entre hijos legítimos e hijos naturales con la reforma del derecho de familia de 1975, cf. V. M. Trimarchi, «Filiazione legittima», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XVII, 1968, pp. 456-474; G. Crifò y A. Pezzana, «Filiazione naturale», *ibid.*, pp. 475-488; M. Bessone, «Rapporti etico-sociali, *sub* artt. 29-31», en A. Scialoja y G. Branca (eds.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, pp. 3 ss.; P. Vercellone, «La filiazione», en *Trattato di diritto civile italiano*, fundado por F. Vassalli, Torino, 1987; M. Costanza, «Filiazione (III. Filiazione naturale)», en *Enciclopedia giuridica*, vol. XIV, Treccani, Roma, 1989; Íd., «Filiazione legittima e naturale», en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, VIII, Torino, 1993, pp. 295 ss.; Íd., «La successione tra parenti naturali: un problema aperto»: *Familia* II/2 (2002), 313-336; G. Alpa, M. Bessone, A. D'Angelo, G. Ferrando y M. R. Spallarossa, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, ^{5}2002. Cf. también, sobre las nuevas formas de familia, C. P. Grosman e I. Martínez Alcorta, *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001.

108. Definida por el art. 144 del código civil de 1942, que repetía literalmente el art. 131 del código civil de 1866, reproducido *supra* en la nota 100. La discriminación jurídica de las mujeres dura de hecho, en todos los sectores del derecho, hasta el siglo XX. En Italia, como ya he recordado, es sólo de 1919 la ley que deroga la autorización marital y sanciona la plenitud de los derechos civiles de las mujeres. Sólo en 1945 se les extiende el derecho de voto. En fin, sólo con la Constitución republicana se establece, en los artículos 3 y 51, la igualdad jurídica entre hombres y mujeres y su igual derecho a acceder a los cargos públicos. Pero la discriminación continuaría por mucho tiempo. Sólo mediante una ley

de 1963 las mujeres serán admitidas a todos los cargos públicos, incluidos los de juez, y sólo en 1981 al ingreso en la policía. Todavía durante todos los años sesenta, hasta la sentencia constitucional n.º 147 de 27.11.1969, sólo las mujeres eran castigadas por adulterio, mientras que los hombres únicamente eran castigados por concubinato. Y habrá que esperar a una ley de 1981 para ver suprimido el homicidio por causa de honor y el matrimonio como causa de extinción del delito de violación.

109. Es con la ley n.º 903 de 9.12.1977 cuando se establece la paridad de trato entre hombres y mujeres en las relaciones laborales. Cf., sobre estos procesos de emancipación jurídica, M. Bessone y G. Ferrando, «Persona fisica (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXIII, 1973, pp. 216-218; M. V. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità*..., cit.; A. Galoppini, *Il lungo viaggio verso la parità*, Zanichelli, Bologna, 1980.

110. No es inútil precisar que la ley n.º 194 no liberaliza el aborto, sino que se limita a condicionar su licitud, en los tres primeros meses del embarazo, a la existencia de un «grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer» y al respeto de un procedimiento burocrático dirigido a desalentarlo, manteniendo en los demás casos su carácter penalmente ilícito. La interpretación libertaria que de hecho se ha afirmado de ella, en nombre del principio de inmunidad del cuerpo femenino respecto de intervenciones constrictivas, es un buen ejemplo de la dimensión pragmática del derecho, es decir, del significado que las normas asumen en la práctica jurídica.

111. Recuérdense las máximas de Kant citadas en las notas 3 del capítulo III y 24 del capítulo XIII, además de la máxima de Mill, *Sobre la libertad*, cit., Introducción, p. 86: «sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano». Véase también, además del § 7.3, el § 15.5.

112. M. Weber, *Economía y sociedad*, FCE, México, [2]1984, II, VII, § 3, pp. 586-587: «El derecho formal de un trabajador de concluir con cualquier empresario un contrato de trabajo de cualquier contenido, prácticamente no significa para el desocupado la menor libertad en la fijación de las condiciones de trabajo, y en modo alguno le garantiza la posibilidad de influir en la determinación de las mismas. Lo que de sus derechos formales resulta en primer término es simplemente, cuando menos, la posibilidad de los que en el mercado son más poderosos —en este caso normalmente el patrono— de fijar a su arbitrio estas condiciones, ofrecerlas al desocupado para su aceptación o repulsa y en el caso normal de la urgencia económicamente más fuerte de la oferta de trabajo, imponerlas al solicitante. El resultado de la libertad contractual es, pues, en primera línea: la apertura de probabilidades de usarla, por medio de una hábil aplicación de la propiedad de los bienes en el mercado y salvando todas las barreras jurídicas, como medio para adquirir poder sobre otros [...] Esta especie de coacción toma especialmente al pie de la letra y con toda consecuencia el principio *coactus voluit*, en cuanto contiene todas las formas autoritarias. De la 'libre' voluntad de los interesados en el mercado de trabajo depende el aceptar o rechazar las condiciones de quien, gracias a la garantía jurídica de su propiedad, es el más fuerte». Cf., sobre la historia del contrato de trabajo en Italia tras la unificación, el reciente volumen de P. Passanti, *Storia del diritto del lavoro, I. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Giuffrè, Milano, 2006.

113. El principio está codificado por el art. 2113 del Código Civil: «No son válidas las renuncias y las transacciones que tienen por objeto derechos del empleador derivados de disposiciones inderogables de la ley y de los contratos o convenios colectivos concernientes a las relaciones a que se refiere el art. 409 del Código de Procedimiento Civil [es decir, a las relaciones laborales] [...] Las

renuncias y las transacciones a las que se refieren los párrafos precedentes pueden ser impugnadas mediante cualquier acto escrito, incluso extrajudicial, del trabajador apto para hacer patente la voluntad».

114. El elenco incluye tanto los tradicionales derechos de libertad como los derechos sociales y del trabajo: la libertad de manifestación del pensamiento, establecida por el art. 1, y la libertad de conciencia, tutelada por el art. 8 con la prohibición de indagar sobre las opiniones del trabajador; el derecho a la intimidad, asegurado por los arts. 4 a 6 con la prohibición de «instalaciones audiovisuales con fines de control a distancia de la actividad de los trabajadores», así como de exámenes sanitarios por parte del empleador sobre la idoneidad y las enfermedades del trabajador; el principio de igualdad, establecido por los arts. 15 y 16 contra los actos o los tratamientos económicos discriminatorios en razón de las afiliaciones políticas o sindicales del trabajador o de su participación en una huelga; el derecho al trabajo, tutelado por el art. 18 sobre la readmisión en el puesto de trabajo, en las empresas con más de quince empleados, del trabajador injustamente despedido; el derecho de asociación y de actividad sindical dentro de la fábrica, atribuido a todos los trabajadores por el art. 14 y, en los lugares con más de quince empleados, los derechos, previstos por los artículos 19 y 20, de constituir representaciones sindicales de empresa y de reunirse en asamblea; el derecho a la educación, a través de la previsión, en el art. 10, del derecho de los trabajadores-estudiantes a horarios y turnos de trabajo compatibles con el estudio; la tutela en vía de urgencia de las libertades sindicales prevista en el art. 28 a propósito de la represión de las actividades antisindicales; en fin, el derecho a la salud en la fábrica, garantizado por esa nueva institución introducida por el art. 9 que es el poder atribuido a los trabajadores, «mediante sus representantes, de controlar la aplicación de las normas para la prevención de los accidentes y las enfermedades profesionales y de promover la investigación y la puesta en práctica de todas las medidas idóneas para tutelar su salud y su integridad física». De la amplia literatura sobre el estatuto de los trabajadores, me limito a recordar G. Ghezzi, F. Mancini, L. Montuschi y U. Romagnoli, «Statuto dei diritti dei lavoratori», en A. Scialoja y G. Branca (eds.), *Commentario del codice civile. Libro V*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1972; G. Giugni (ed.), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1979; T. Treu, «Statuto dei lavoratori», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XVIII, 1990, pp. 1031-1071.

115. I. Kant, «Principios metafísicos de la doctrina del derecho», cit., § 47, p. 146.

116. Cf. la voz de M. S. Giannini, «Impiego pubblico: a) profili storici e teorici», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XX, 1970, pp. 293-305.

117. La cuestión del carácter público o privado del derecho del trabajo ha estado en Italia en el centro del debate laboralista desde el I Congreso nacional de derecho del trabajo, desarrollado en Taormina del 22 al 26 de abril de 1954. Véase, en particular, la relación de S. Pugliatti, «Proprietà e lavoro nell'impresa»: *Rivista giuridica del lavoro* I (1954), 135 ss. Cf. además U. Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*. I. *Introduzione*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 6 y 9, según el cual la relación de trabajo está «dominada por una especial abundancia de principios de evidente orden público, es decir, dotados de los caracteres inconfundibles de la imperatividad y la inderogabilidad», de modo que «la autonomía privada —que respecto de la relación fundamental mantiene siempre una función de primer plano— sufre limitaciones particularmente intensas y no siempre representa la fuente decisiva de la reglamentación». Se ha sostenido así la ambivalencia del derecho del trabajo y su pertenencia en parte al derecho público y en parte al derecho privado: en este

sentido, cf., entre muchos, F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, [15]1963, p. 11, para quien el derecho del trabajo «se rebela a la misma partición, todo menos tajante, del derecho en las dos ramas del derecho público y privado» a causa de la «implicación de la persona del trabajador en el trabajo prestado a otros»; U. Prosperetti, «Lavoro (fenomeno giuridico)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXXIII, 1973, p. 331, para quien «supera, según una pacífica constatación, la bipartición entre derecho público y derecho privado»; R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 56, para quien «el trabajo subordinado, por la peculiaridad del contenido y de su relevancia, no entra en los esquemas tradicionales de las relaciones jurídicas entre particulares». Sobre el valor constitucional del trabajo en el ordenamiento italiano, cf. U. Natoli, *Limiti costituzionali...*, cit., cap. II.

118. He sostenido esta tesis en «Lo Statuto dei lavoratori come attuazione della Costituzione»: *Economia e lavoro* XXXV/2 (2001), 27-32.

119. Es una indemnización llamada «de contingencia» que garantizaba el ajuste automático de las retribuciones al coste de la vida introducido en Italia por los acuerdos interconfederales de 1945 y 1946 para salvaguardar los salarios de la depreciación provocada por la inflación. Sus vicisitudes reflejan fielmente los cambios de las relaciones de fuerza entre capital y trabajo en los años de la República. Reformada en sentido igualitario, después de múltiples modificaciones, por el acuerdo interconfederal de 1975, que unificó la medida para todos los trabajadores, la indemnización ha sido primero reducida por el decreto ley 70/1984, de 17 de abril, que predeterminaba la tasa de inflación y sobre el que se efectuó un referéndum con resultado negativo; ulteriormente reducida por la ley 38/1986, de 26 de febrero; en fin, rechazada por la Confindustria en 1991 y definitivamente revocada por el acuerdo entre gobierno e interlocutores sociales de 31 de julio de 1992.

120. En Italia la ley 230/1962, de 18 de abril, había limitado a poquísimos casos taxativamente establecidos el trabajo por tiempo determinado, antes previsto por el viejo art. 2097, párrafo 4.º, del Código Civil como excepción a la regla justificada por la especialidad de la relación. Además, contra las posibles discriminaciones y arbitrariedades conectadas con la flexibilidad en la contratación y en el despido, por un lado, se estableció, con la ley 264/1949, de 29 de abril, una disciplina de carácter público sobre el establecimiento de las relaciones de trabajo, mediante solicitudes no nominativas y numéricas dirigidas a las oficinas de empleo, a partir de listas de colocación; de otra parte, se introdujeron, por la ley 604/1966, de 15 de julio y luego por el art. 18 del Estatuto de los trabajadores, la prohibición de despido sin justa causa y la garantía primaria de la reincorporación al trabajo del trabajador ilegítimamente despedido, cuando la empresa o el centro de trabajo tuviera más de 15 empleados. Tras las leyes enumeradas *infra*, en la nota 126, se ha desarrollado en cambio un proceso de precarización del trabajo en las muchas formas del trabajo pseudo-autónomo, unidas por la falta de garantías tanto primarias como secundarias. Cf. sobre estos procesos, A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 1994; S. Bologna y A. Fumagalli (comps.), *Il lavoro autonomo di seconda generazione*, Feltrinelli, Milano, 1997; A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, Giuffrè, Milano, 1996; AA. VV., *Stato e diritti nel postfordismo*, Manifestolibri, Roma, 1996, con escritos, en particular, de I. Vantaggiato, M. Bascetta, G. Bronzini, S. Mattone y R. Greco; L. Gallino, *Se tre milioni vi sembran pochi. Sui modi per combattere la disoccupazione*, Einaudi, Torino, 1998; G. Ferraro, *I contratti di lavoro*, Cedam, Padova, 1998; Íd., *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2002; A. Supiot (ed.), *Au-delà de l'emploi* [1999], trad. it., *Il futuro del lavoro. Trasformazioni*

dell'occupazione e prospettive della regolazione del lavoro in Europa. Rapporto redatto per la Commissione Europea in collaborazione con l'Università Carlos III di Madrid, Carocci, Roma, 2003; F. Amato, G. Bronzini, A. Manna, S. Mattone y F. Miani Canevari, *Il diritto del lavoro della «flessibilità» e dell'«occupazione»*, Cedam, Padova, 2000; L. Gallino, *Il costo umano della flessibilità*, Laterza, Roma-Bari, 2001; AA. VV., *L'Italia flessibile. Economia, costi sociali, diritti di cittadinanza*, Manifestolibri, Roma, 2003; R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, cit., cap. VI, pp. 108-132; D. Zolo, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 40-43; F. Amato, «Il diritto del lavoro che cambia»: *Questione giustizia* 1 (2004), 42-69.

121. La legitimidad de las acciones positivas en favor de las mujeres ha sido explícitamente reconocida por el primer párrafo del art. 23 de la Carta europea de los derechos fundamentales aprobada en Niza el 7.12.2000 y después incluida en el Tratado constitucional europeo: «El principio de la paridad no obsta al mantenimiento o a la adopción de medidas que prevean ventajas específicas en favor del sexo infrarrepresentado». En Italia, además, después de haber sido excluida en materia de candidaturas electorales por una discutida sentencia de la Corte Constitucional (n.º 422/1995), se ha establecido formalmente por la ley constitucional 1/2003, de 30 de mayo, que ha integrado el art. 51 de la Constitución sobre las «condiciones de igualdad» entre «ciudadanos de uno y otro sexo» en el acceso «a las funciones públicas y a los cargos electivos», estableciendo que «a tal fin la República promoverá la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres con procedimientos al efecto». En materia de acciones positivas se puede afirmar, conforme a cuanto se dijo en el § 11.14, un criterio de carácter general: están tanto más justificadas cuanto mayor es el acceso al trabajo o a los cargos públicos por cooptación, como ocurre de manera ejemplar en la formación de las listas electorales de candidatos por los partidos y en los ascensos profesionales, lo mismo en el empleo público que en el mundo de los negocios; tanto es así que las discriminaciones no se producen cuando tal acceso tiene lugar por oposición, es decir, mediante la valoración de méritos, según se ha comprobado en Italia por el masivo aumento de las mujeres en el empleo público.

122. «De la ley al contrato colectivo de sector, del contrato de sector al contrato empresarial o de grupo, del convenio colectivo al contrato individual, la reglamentación del tiempo de trabajo se ha fragmentado hasta el infinito» (A. Supiot [ed.], *Il futuro del lavoro*..., cit., p. 91 y cap. IV). Cf. también A. Fumagalli, «Flessibilità o precarizzazione del lavoro?», en AA. VV., *L'Italia flessibile*..., cit., pp. 35-72; M. Rangone, «Rischio e responsabilità dell'azione economica», *ibid.*, pp. 115-146.

123. Sobre el cambio del tiempo de trabajo, cf. A. Supiot (ed.), *Il futuro del lavoro*..., cit., cap. III, pp. 69-101.

124. Sobre estos procesos existe una literatura inabarcable. Me limito a recordar B. Coriat, *Penser à l'envers* [1991], trad. it., *Ripensare l'organizzazione del lavoro. Concetti e prassi nel modello giapponese*, Dedalo, Bari, 1991; P. Ingrao y R. Rossanda, *Appuntamenti di fine secolo*, Manifestolibri, Roma, 1995, pp. 14-20; M. Revelli, «Economia e modello sociale nel passaggio tra fordismo e toyotismo», *ibid.*, pp. 161-224; L. Gallino, *Se tre milioni vi sembran pochi*..., cit.

125. A. Fumagalli, «Flessibilità o precarizzazione del lavoro?», cit., pp. 56-58; S. Palombarini, «Riforme istituzionali, tutela del lavoro e conflitto sociale», en AA. VV., *L'Italia flessibile*..., cit., pp. 108-112, que, invirtiendo el lugar común sobre los costes del trabajo, identifica en la «duración indeterminada de las relaciones de trabajo [...] una condición necesaria para una producción de calidad» (*ibid.*, p. 108); P. Ramazzotti, «Economia vincolata o democrazia osta-

colata. Strategie d'impresa, saperi e libertà», *ibid.*, pp. 147 y 155 ss. Cf. también, sobre la progresiva disolución en curso del viejo derecho del trabajo, además de las obras citadas en la nota 120, G. Ghezzi (ed.), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004; M. Revelli, «La grande trasformazione», en G. Mari (ed.), *Libertà, sviluppo, lavoro*, Mondadori, Milano, 2004; U. Romagnoli, «Il diritto del lavoro tra Stato e mercato»: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (2005), 53 ss.; P. Curzio (ed.), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, con amplias bibliografías; S. Mattone, «Mercato del lavoro, giurisdizione, sindicato»: *Questione giustizia* 4 (2004), 691-707; R. Sanlorenzo, «Appunti sul futuro della giustizia del lavoro»: *Questione giustizia* 3 (2006), 421-429; A. Piccinini, «I volti della precarietà: conoscerli per superarli»: *ibid.* 6 (2006), 1160-1174.

126. El proceso de reducción de las garantías y de flexibilización del trabajo se ha desarrollado en Italia —a partir del decreto-ley del gobierno Craxi de 1984, que, como he recordado en la nota 119, redujo la llamada «escala móvil», y del fracaso del posterior referéndum derogatorio— principalmente a través de las siguientes etapas: 1) la ley 863/1984, de 19 de diciembre, que amplió las formas del trabajo a tiempo parcial e introdujo los contratos de formación laboral y los llamados «de solidaridad», unos y otros a demanda nominativa; 2) la ley 56/1987, de 28 de febrero, que al derogar la ley 230/1962 ha ampliado enormemente los casos de admisibilidad del trabajo por tiempo determinado, en materia de contratación colectiva; 3) la ley 146/1990, de 12 de junio, sobre las limitaciones del derecho de huelga; 4) el ya recordado acuerdo sindical de 31.7.1992, que suprimió la escala móvil y fue seguido, a pesar de las afirmaciones en contra, por la mayor devaluación de la posguerra y después por una maniobra financiera de 90 billones, a costa sobre todo de las prestaciones sociales; 5) el acuerdo sobre el coste del trabajo de 23.7.1993, que redujo los espacios de la contratación sindical, vinculando los salarios a la tasa de inflación programada, constantemente inferior a la real; 6) la ley 451/1994, de 19 de julio, que siguió al susodicho acuerdo y la ley 196/1997, de 24 de junio (el llamado «paquete Treu») que siguió al acuerdo de 24.9.1996, que introdujeron nuevas formas de flexibilidad, en particular a través de la extensión y la incentivación de los contratos de aprendizaje y de los contratos de formación laboral y de la introducción del trabajo interino; 7) el decreto legislativo 469/1997, de 23 de diciembre, que reintrodujo la intermediación del trabajo (el viejo contrato de *caporalato*, prohibido, como se ha recordado en la nota 120, por la ley 264/1949), suprimiendo el monopolio público de la colocación y consintiendo la actividad de mediación a empresas privadas con fines de lucro; 8) el decreto legislativo 368/2001, de 6 de septiembre, que de hecho ha generalizado el contrato de trabajo por tiempo determinado; 9) en fin, la ley delegada 30/2003, de 14 de febrero, y el decreto legislativo 276/203, de 10 de septiembre, que han elevado la flexibilidad a principio informador del nuevo derecho del trabajo, promoviendo la llamada «externalización» de la producción en nuevas empresas, liberalizando ulteriormente el trabajo interino y creando nuevos y todavía más precarios tipos de trabajo flexible —a tiempo parcial elástico, discontinuos, ocasionales, a demanda, con prestaciones repartidas, para proyecto, de colaboración coordinada y continuadora (los llamados co.co.co.)— que se resuelven en la total sujeción del trabajador a la arbitrariedad patronal.

127. H. Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, cit., pp. 375-376.

128. L. Gallino, en *Se tre milioni vi sembran pochi*..., cit., pp. 228-232, propone el establecimiento de tal sistema informativo, en alternativa al simplista y

burocrático introducido por el decreto legislativo 469/1997, de 23 de diciembre, y siguiendo el ejemplo del introducido con éxito en Francia. Gallino calcula que tal sistema, para ser eficaz, comporta, por su complejidad, un coste relativamente elevado: alrededor de 500 euros por trabajador, «el equivalente a pocas semanas de retribución», que todo desempleado estaría bien dispuesto a pagar (*ibid.*, p. 231). Pero es claro que semejante servicio, al consistir en una función de garantía de un derecho fundamental —el derecho al trabajo y por ello a su estabilidad— debería ser público y gratuito. No es pues admisible su parcial privatización introducida, en la forma de actividad de mediación desarrollada por empresas privadas con fines de lucro, por el art. 10 del decreto legislativo n.º 469 de 1997. Naturalmente, la introducción de esta función de garantía no excluye, pero debería añadirse a las demás formas garantistas de colocación pasadas y presentes, por ejemplo, en el ordenamiento italiano: las contrataciones mediante concurso, las contrataciones obligatorias de sujetos pertenecientes a segmentos débiles por estar afectados por minusvalías, las demandas numéricas y no nominativas a partir de listas de empleo, convertidas por lo demás, tras la legislación de liquidación de las garantías, en casi del todo ineficaces (Gallino, *op. cit.*, pp. 223-224, calcula que de los otros seis millones de trabajadores inscritos en las listas, las oficinas de empleo han colocado entre el dos y el cinco por ciento de los nuevos contratos de trabajo registrados cada año).

129. Cf., en este sentido, A. Supiot (ed.), *Il futuro del lavoro*, cit., pp. 98-99.

130. Sobre estas dos perspectivas —la primera auspiciada por P. Alleva, «Proposte di riforma della legislazione del lavoro»: *Rivista giuridica del lavoro* 1 (2005), 125 ss., la segunda avanzada por A. Supiot, *Critique du droit du travail*, cit., por G. Bronzini, «Generalizzare i diritti o la subordinazione? Appunti per il rilancio del diritto del lavoro in Italia»: *Democrazia e diritto* 2 (2005), 133-145, y por A. Fumagalli, *Lavoro. Vecchio e nuovo sfruttamento*, Punto rosso, Milano, 2006; Íd., «Dignità della persona, diritto al reddito e diritto alla scelta del lavoro»: *Questione giustizia* 6 (2006), 1190-1206— y sobre su posible conciliación, cf. S. Mattone, «Oltre la precarietà»: *ibid.* 6 (2006), 1175-1189 y R. Greco, «Il modello sociale della Carta di Nizza»: *ibid.* 3 (2006), 518-532.

131. Cf. G. Gaja, «Lavoro (disciplina internazionale): a) Diritto internazionale pubblico», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXIII, 1973, pp. 620-641; R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, cit., pp. 28-32; F. Amato, «La tutela dei diritti fondamentali sociali e del lavoro nella globalizzazione dell'economia»: *Rivista del diritto e della sicurezza sociale* 3 (2006), 581 ss.

132. Sobre las técnicas de reparto y distribución de bienes alternativas al mercado según el rango, el poder, la necesidad y similares, cf. G. Tarello, «Il diritto e la funzione di distribuzione dei beni», en Íd., *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., pp. 221 ss.

133. Añádase que, al menos en el ordenamiento italiano, la tesis de que la libertad de iniciativa económica, enunciada por el art. 41 de la Constitución, sea un derecho fundamental del mismo rango que los demás derechos fundamentales es discutida por la mayor parte de la doctrina por múltiples motivos: ante todo, por su colocación «en un título, el de las relaciones económicas, en el cual no se encuentra ninguna situación provista del atributo de la inviolabilidad» (S. Rodotà, *El terrible derecho*..., cit., p. 333); en segundo lugar, porque mientras que la efectividad de los demás derechos fundamentales se identifica en el primer párrafo del art. 3 como la «tarea de la República», es decir, como su fin o razón social, la libertad de iniciativa económica es concebida por aquella norma jurídica si acaso como uno de los «obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el ple-

no desarrollo de la persona humana» (M. Villone, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 214 ss.; M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, p. 42); en tercer lugar, por el «proceso histórico de transformación de los derechos fundamentales en el estado social contemporáneo», que ha provocado «la caída, fuera del grupo y fuera en general del perímetro de los derechos fundamentales, del derecho de propiedad y de la autonomía contractual» (G. Bognetti, «Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale»: *Justitia* [1977], 41; M. Luciani, *op. cit.*, pp. 43-45).

134. Sobre la ilusoriedad de una autorregulación del mercado y sobre la necesidad de su regulación pública y heterónoma, recuérdese el clásico ensayo de K. Polanyi, *The Great Transformation* [1944], trad. cast., *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Endymión-La Piqueta, Madrid, 1989, y, últimamente, G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, cit., pp. 40-45 y 63, que identifica en la autorregulación y en la primacía del derecho contractual «un terreno fértil para el desarrollo indiscriminado de los conflictos de intereses» y de las asimetrías de poder entre las partes. Sobre el mercado como *locus artificialis*, cf. N. Irti, «Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà»: *Rivista di diritto civile* 2/2 (1997), 1, pp. 185-193; Íd., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998; Íd., «Teoria generale del diritto e problema del mercato», en *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Cedam, Padua, 1999; G. Azzariti, «L'ordine giuridico del mercato» [1999], ahora en Íd., *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 145-158. Sobre los controles públicos sobre el mercado, cf. S. Rodotà (ed.), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971; Íd. (ed.), *Il controllo sociale delle attività private*, Il Mulino, Bologna, 1977; G. Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Il Mulino, Bologna, 1977; M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit.; G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, cit.

135. Así, N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 5 y 11. Cf. también, *ibid.*, pp. 26, 44-45. Se habla a este propósito de «constitución económica»: expresión equívoca y confundente, por su valor legitimador, si se la entiende, en sentido descriptivo, como el conjunto de las reglas no constitucionales o incluso no jurídicas que de hecho presiden las conductas de los sujetos que operan en el mercado, en vez de, como justamente la entiende Natalino Irti (*ibid.*, pp. 16-17 y 60), en sentido prescriptivo, como conjunto de las exclusivas normas constitucionales que disciplinan el mercado (en la Constitución italiana, los arts. 35-47). Sobre el tema, cf. F. Cocozza, «Riflessioni sulla nozione di 'Costituzione economica'»: *Il diritto dell'economia* 1 (1992); M. Luciani, «Economia nel diritto costituzionale», en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, cit., vol. V, 1993, pp. 373-385; S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., cap. I, pp. 3-6. Cf. además AA. VV., *La costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della carta fondamentale*, Giuffrè, Milano, 1990; G. Bognetti, *La costituzione economica italiana*, Giuffrè, Milano, 1993; AA. VV., *La costituzione economica*, Cedam, Milano, 1997.

136. Merece ser recordada la crítica al liberismo como ideología o «religión» dirigida por un liberal habitualmente liberista como fue Luigi Einaudi: «De la frecuencia de los casos en los que los economistas, por razones contingentes, se inclinan a recomendar soluciones liberistas de los problemas concretos ha surgido un tercer significado, que yo llamaría religioso, de la máxima liberista. 'Liberistas' serían, en esta acepción, quienes asumen la máxima del dejar hacer y

dejar pasar como si fuera un principio universal. Según éstos, la acción libre del individuo, inspirada en él por el interés individual, coincidiría siempre con el interés colectivo. Algunas frases de Adam Smith —'el individuo hace sin descanso cualquier esfuerzo por emplear su capital del modo más ventajoso. Ciertamente, busca su beneficio y no el de la sociedad; pero los esmeros que él pone en cuidar su propia ventaja personal le conducen naturalmente, o mejor, necesariamente, a preferir precisamente aquella particular forma de uso que es más ventajosa a la sociedad [...] Aun persiguiendo el propio interés personal, trabaja a menudo en beneficio de la sociedad de modo más eficaz que si pretendiera hacerlo de propósito [...] Cada cual piensa sólo en la propia ganancia, pero al hacer eso el individuo es conducido, por una mano invisible, a conseguir un fin que no había pretendido en absoluto' (*Wealth of Nations*, ed. Cannan, vol. I, pp. 419 y 421)— han podido hacer creer que la identificación del interés individual y del interés colectivo es un 'principio' connatural a la ciencia económica. Son demasiados los lugares en los que el mismo Adam Smith ha insistido en la oposición de intereses entre clase y clase, entre los particulares y la colectividad; demasiados los lugares en los que enumera las razones de la intervención del Estado para la consecución de fines cerrados a la acción individual o en oposición a ella, como para que sea lícito dar a las frases de Adam Smith nada más que un valor histórico —la 'mano invisible' recuerda a la 'divina providencia' o a la 'naturaleza' de las diversas terminologías usadas en su tiempo— o contingente respecto de problemas particulares del tiempo discutidos por él en aquel momento. Toda la historia posterior de la doctrina demuestra que la ciencia económica, como después se aclara, no tiene nada que ver con la concepción religiosa del liberismo» (B. Croce y L. Einaudi, *Liberismo e liberalismo*, ed. de P. Solari, Milano-Napoli, 1957, pp. 121-131, ahora en G. Talamo [ed.], *Antologia degli scritti politici dei liberali italiani*, Il Mulino, Bologna, 1962, pp. 201-202).

137. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., pp. 34-35. Se trata de los límites establecidos por las siguientes normas del Tratado de la Comunidad Europea: «El mercado interno comporta un espacio sin fronteras internas, en el que está asegurada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales según las disposiciones del presente tratado» (art. 14.2., ex art. 7A); «La Comunidad se funda sobre una unión aduanera que se extiende al conjunto de los intercambios de mercancías y comporta la prohibición, entre los Estados miembros, de aranceles a la importación o a la exportación y de cualquier tributo de efecto equivalente, así como también la adopción de una tarifa aduanera común en sus relaciones con terceros países» (art. 23.1, ex art. 9.1); «Están prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como cualquier medida de efecto equivalente» (art. 28, ex art. 30); «Salvo excepciones contempladas en el presente tratado, son incompatibles con el mercado común, en la medida en que incidan sobre los intercambios entre Estados miembros, las ayudas concedidas por los Estados, o mediante recursos estatales, bajo cualquier forma que, favoreciendo a algunas empresas o a algunos productos, falseen o amenacen con falsear la competencia» (art. 87, ex art. 92).

138. Cf., por ejemplo en Italia, los arts. 2.598-2.601 del Código Civil sobre la inhibición y las sanciones de los actos de competencia desleal y el art. 513 bis del Código Penal sobre el delito de «competencia ilícita con amenaza o violencia».

139. Se recuerdan las dos importantes prohibiciones introducidas en el Tratado comunitario por el art. 81 (ex art. 85): «Son incompatibles con el mercado común y están prohibidos todos los acuerdos entre empresas, todas las decisiones de asociaciones de empresas y todas las prácticas acordadas que puedan

perjudicar el comercio entre Estados miembros y que tengan por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común»; por el art. 82 (ex art. 86): «Es incompatible con el mercado común y está prohibido, en la medida en que puede ser perjudicial para el comercio entre Estados miembros, el aprovechamiento abusivo por parte de una o varias empresas de una posición dominante en el mercado común o sobre una parte sustancial de aquéllos». A estas normas comunitarias han de añadirse, en Italia, la ley 287/1990, de 10 de octubre, sobre la tutela de la competencia, que integra las disposiciones comunitarias en los casos «que no recaen en (su) ámbito de aplicación» y prevé una «Autoridad garante de la competencia y del mercado» y, además, la ley 249/1997, de 31 de julio, que siguió a la sentencia de la Corte Constitucional n.º 420/1994, pero que quedó en letra muerta, que en materia de comunicaciones prohíbe no solamente el abuso sino la misma «formación de posiciones dominantes» confiando su control a una «Autoridad para las garantías en las comunicaciones». Sobre las garantías de la transparencia societaria, cuyo control está confiado en Italia principalmente a la Comisión nacional para las sociedades y la bolsa (Consob), establecida con la ley n.º 216, de 7 de junio de 1974, cf. G. Rossi, *Trasparenza e vergogna. La società e la borsa*, Il Saggiatore, Milano, 1982.

140. J. E. Stiglitz, *Globalization and its Discontents* [2002], trad. cast. de C. Rodríguez Braun, *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002, pp. 13-14; G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, cit., *passim*; D. Zolo, *Globalizzazione*..., cit., pp. 93-94.

141. G. Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Il Mulino, Bologna, 1977; Íd., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

142. G. Rossi, *op. cit.*, pp. 105-107; D. Zolo, *op. cit.*, p. 94.

143. En Estados Unidos, a mediados de los años noventa, los dirigentes de máximo nivel multiplicaron por diez sus rentas respecto de los años setenta, llevándolas (con evidente conflicto de intereses con sus funciones) de 326.000 a 3.700.000 dólares anuales (L. Gallino, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 71). Recuérdese el pasaje de Platón, *Las leyes*, parte II, lib. V, 744d: «Es menester indudablemente, decimos, que en una ciudad [...] no haya en ninguno de los ciudadanos ni extrema pobreza ni tampoco grandes riquezas [...]; resulta, pues, forzoso que ahora el legislador indique un límite para uno y otro estado». Todavía más incisivamente Rousseau: «Que ningún ciudadano sea lo bastante opulento para poder comprar a otro, y ninguno lo bastante pobre para ser constreñido a venderse» (*Del contrato social*, cit., lib. II, cap. XI, p. 57).

144. Sobre la «función social» de la propiedad en nuestro sistema constitucional, me limito a remitir a M. S. Giannini, «Basi costituzionali della proprietà privata»: *Politica del diritto* II/4-5 (1971), 443-501; G. Tarello, *La disciplina costituzionale*, cit.; S. Rodotà, *El terrible derecho*, cit., parte III; M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit. Sobre la programación prevista por el art. 41, párrafo 3.º, de la Constitución italiana, recuérdese también A. Predieri, *Pianificazione e costituzione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1963.

145. No me parece fundada por lo demás la «radical antítesis» puesta de relieve por Natalino Irti entre el orden del mercado expresado por los tratados europeos y basado en el «principio de una economía de mercado abierta y en libre competencia» y el orden, tendencialmente dirigista, expresado por las normas antes citadas de la Constitución italiana: como si los principios del derecho co-

munitario europeo y las normas constitucionales italianas reflejaran dos distintas y siempre opuestas «decisiones de sistema», de tal modo que en las segundas habría que realizar «reformas o modificaciones» o reconocer «con general hipocresía» que han «caído en desaplicación por la posterior aparición de las normas comunitarias» (N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 23 ss.). Para una crítica en tal sentido de estas tesis de Irti, cf. G. Azzariti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit. En particular, los limites impuestos a los Estados por las normas reproducidas en las notas 137 y 139 en tutela de la libre competencia no parecen en absoluto incompatibles con los límites y vínculos que la Constitución impone en tutela de derechos o bienes fundamentales: por ejemplo, las garantías de los derechos de los trabajadores, las normas de protección del medio ambiente o incluso la hipotética obligación, impuesta por ejemplo a todas las empresas farmacéuticas, de producir determinados fármacos esenciales o destinados a curar enfermedades raras, aunque en oposición con la lógica del lucro. Ni siquiera parecen incompatibles con el principio de la libre competencia los vínculos y obligaciones impuestos a la propiedad privada por «su función social», y específicamente a la propiedad del suelo, por los arts. 42, párr. 1.º, y 44 de la Constitución italiana. Una incompatibilidad puede aparecer a veces entre el objetivo de «fines sociales» de la «actividad económica pública y privada» previsto por el art. 41, párr. 3.º, o las ayudas a la «pequeña y mediana propiedad» previstas por el art. 44, y la prohibición de ayudas estatales a las empresas prevista por el art. 87 del tratado comunitario citado al final de la nota 137: por ejemplo, las ayudas a empresas en crisis para evitar su destrucción y la consiguiente pérdida de empleo y de riqueza. El segundo párrafo del mismo art. 87 prevé sin embargo numerosas excepciones a la prohibición, declarando entre otras cosas «compatibles con el mercado común las ayudas destinadas a evitar los daños producidos por las calamidades naturales o por otros acontecimientos excepcionales», además de las dirigidas «a favorecer el desarrollo económico de las regiones cuyo nivel de vida sea anormalmente bajo, o tengan una especial forma de desempleo» y, más en general, todas aquellas «que no alteren las condiciones de los intercambios de manera contraria al interés público».

146. El principio se encuentra enunciado ya en la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, que en el art. 17, después de haber afirmado que «la propiedad es un derecho inviolable y sagrado», establece que «nadie podrá ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija de forma evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización»: norma reproducida por el art. 19 de la *Déclaration* antepuesta a la Constitución de 24.6.1793. La Constitución italiana prevé además, en el art. 42, párr. 1.º, la figura de la «propiedad pública» en el mismo plano y con el mismo relieve que la «propiedad privada»: «La propiedad es pública o privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, a entidades o a particulares». Como escribe Máximo Severo Giannini, «Basi costituzionali della proprietà privata», cit., pp. 453-456, esta norma —excluido que aluda, en términos pleonásticos, a la obvia posibilidad de que el Estado sea propietario de bienes— no puede tener otro significado que el de la afirmación del principio político de la propiedad estatal, que así recibe de ella un fundamento constitucional, conectándose de este modo a los principios establecidos por los arts. 43, 44 y 41 sobre los límites y los vínculos publicísticos a la propiedad privada y sobre el papel del Estado en la economía.

147. Sobre las privatizaciones, cf. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., pp. 121-168 y la amplia bibliografía allí recogida en pp. 302-305. Cassese refiere que la Comisión gubernamental encargada, en los años 1985-1987, de comprobar la importancia del patrimonio público inmobiliario calculó que

era de cincuenta mil millones de metros cuadrados de inmuebles, considerados los solares y las edificaciones, por un valor de 651 billones de liras: cifra obviamente muy inferior a la del valor actual, por la devaluación de la moneda sobrevenida y por el aumento de valor de la propiedad inmobiliaria. La privatización de este patrimonio ha sido promovida, de forma cada vez más amplia, por la ley 35/1992, de 29 de enero, luego por la ley 662/1996, de 23 de diciembre, y en fin por la ley 448/1998, de 23 de diciembre, titulada «Medidas financieras públicas para la estabilización y el desarrollo», que llega hasta prever, en el art. 32, que «son alienables», salvo los casos previstos por un reglamento específico, incluso «los bienes inmuebles de interés histórico y artístico del Estado, las regiones, las provincias y los municipios».

148. L. Wacquant, *Les prisons de la misère* [1999], trad. it., *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Feltrinelli, Milano, 2000, pp. 99-101.

149. Véanse, sobre la indisponibilidad de partes del cuerpo humano, las notas 46 y 48 del capítulo XI.

150. Es el célebre pasaje de J. Locke, *Segundo tratado sobre el Gobierno civil*, cit., § 27, p. 223, referido en el § 10.10 y reproducido en las notas 22 y 24 del capítulo X.

151. Recuérdese este desconcertante pasaje de Kant, en vistoso contraste con sus máximas de la moral citadas en las notas 3 del capítulo III y 24 del capítulo XIII: «Si digo: mi mujer, esto significa una relación especial, es decir, jurídica, del poseedor con un objeto (aunque sea una persona) como *cosa* (*Sache*). Pero la posesión (*física*) es la condición de posibilidad del *manejo* (*manipulatio*) de algo (*Ding*) como cosa (*Sache*): aunque ésta tenga que ser tratada a la vez como persona en otro respecto» («Principios metafísicos de la doctrina del derecho», cit., Apéndice, § 2, nota, p. 200). La idea de que los seres humanos son también «cosas» fue formulada asimismo por un gran jurista, F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, [3]1951, § 53, p. 127. «En el hombre se ha de reconocer abiertamente, incluso en sentido jurídico, no sólo una persona sino también una cosa, y así, en sentido estricto, un objeto de derecho, derecho que puede pertenecer tanto a la persona del mismo hombre, que es su cosa u objeto, como a la persona de un hombre distinto. A la segunda hipótesis se reconduce, por ejemplo, el derecho del cónyuge sobre el otro cónyuge o el del empresario sobre el trabajador; a la primera, el derecho que cada uno de nosotros tiene sobre sí mismo como cosa». Si en esta última tesis puede verse el eco de la concepción lockeana de la propiedad expresada en el pasaje aquí citado en la nota anterior, las otras dos, la del cónyuge y la del trabajador, están en contraste con un principio elemental de la civilización jurídica moderna, el formulado por el mismo Kant según el cual las personas no son cosas (P5, T7.18 y T7.57) y correspondiente al principio jurídico de la igualdad y la dignidad de las personas afirmado en todas las constituciones avanzadas.

XV

LOS CONTENIDOS DE LA DEMOCRACIA. DEMOCRACIA LIBERAL Y DEMOCRACIA SOCIAL

15.1. *La razón social de la democracia constitucional. El estado-instrumento y la dimensión sustancial de la democracia*

En la definición de 'constitución' formulada en el capítulo XII he identificado en la garantía de la paz y de los derechos vitales constitucionalmente estipulados (D12.22, T12.117) la razón social de la democracia constitucional. Esta garantía es el rasgo característico del estado constitucional de derecho. En el viejo modelo legislativo el estado de derecho consistía principalmente en la primacía de la ley y la democracia en la omnipotencia del parlamento y, con ello, de la mayoría de sus miembros. En el modelo constitucional, que se impuso en Europa con las constituciones rígidas de la segunda posguerra, como ya se ha anticipado, la propia ley y los supremos poderes políticos quedan sujetos a la ley (T10.30-T10.32, T12.126), y, más precisamente, a la constitución como conjunto de meta-reglas dirigidas a vincular a los poderes públicos, incluso de mayoría, a la recíproca separación y a la tutela de los derechos fundamentales de todos los seres humanos, en cuanto dotados por igual de la dignidad de «personas».

Se trata, no importa repetirlo, de un segundo cambio de paradigma que ha transformado al mismo tiempo la naturaleza del derecho, de la política y de la democracia. La primera revolución en la historia de la modernidad jurídica, la debida al nacimiento del Estado moderno, se produjo con la asunción del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho vigente, concretada de este modo en la omnipotencia del legislador. Así se consiguió, en oposición a las viejas concepciones iusnaturalistas, la identificación de la validez de las leyes con su existencia positiva, es decir, con su producción a través de las formas previstas por las leyes mismas. En el paradigma paleo-positivista, el derecho ya no es el (en ocasiones considerado) ontológicamente «verdadero» o «justo», sino todo y sólo el establecido como tal por la ley. De aquí

la subordinación del derecho a la política de que he hablado en el § 13.8. Puesto que la ley es producto de la política, el principio de la omnipotencia del legislador acabó por coincidir con la idea de la omnipotencia de la política y de su primacía sobre el derecho, a su vez equivalente a la idea puramente formal de la democracia como omnipotencia de la mayoría, una vez que política y legislación se democratizaron bajo la forma de la democracia parlamentaria.

La segunda revolución, debida al constitucionalismo democrático de la segunda mitad del siglo XX gracias a la rigidez de las constituciones, equivale, como se ha dicho en los §§ 9.2 y 13.8, a la plena realización del estado de derecho. En el estado de derecho también el poder legislativo se subordina al derecho; más precisamente, a la constitución como norma de reconocimiento del derecho válido, y no sólo en lo relativo a las formas previstas para su producción sino asimismo en lo que hace a los contenidos producidos. En consecuencia, el legislador ya no es omnipotente, dado que las leyes no son válidas sólo por estar en vigor, es decir, por haber sido producidas según las formas establecidas por las normas sobre su formación, sino sólo si, además, son también coherentes con los principios constitucionales. Y tampoco es omnipotente ni siquiera la política, cuya relación con el derecho se complica y se invierte. El derecho es siempre «positivo», o sea, producido por la política como su propio instrumento. Y sin embargo, en presencia de constituciones rígidas, será además normativo en relación con la política, que resulta así, a su vez, subordinada al derecho como instrumento de actuación de los principios y los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Éstos, al configurar la *esfera de lo indecidible* —de lo que para su tutela no debe ser y de lo que (no) debe ser (no) decidido— circunscriben a su vez la *esfera de lo decidible*, o lo que es igual, los espacios legítimos, discrecionales y autónomos, tanto de la política como del mercado. Si en el plano de la teoría del derecho el cambio de paradigma se manifiesta en la disociación entre validez y vigencia por añadidura a la registrada entre validez y justicia dentro del paradigma paleo-positivista, en el plano de la teoría política el mismo se expresa en la disociación entre derecho y política y por eso en un cambio de la propia naturaleza de la *democracia*. Pues ésta no se agota en la *dimensión política* o *formal* recibida de la *forma* representativa y mayoritaria de la producción legislativa condicionante de la vigencia y la validez formal de las leyes, sino que incorpora una *dimensión sustancial*, la impuesta por los principios constitucionales, que vinculan el contenido de las leyes, condicionando la validez sustancial de las mismas a su observancia y, por tanto, a la garantía de los derechos fundamentales establecidos con ellos[1].

En realidad, la política —en sus diversas tradiciones, conservadoras y progresistas, liberales y socialistas— no ha aceptado nunca esta subordinación al derecho. Tampoco la filosofía política, que tanto en sus orientaciones realistas como en las normativistas la ha ignorado generalmente, como ha ignorado también la virtual divergencia que la misma

induce entre derecho y política, uno como «deber ser» de la otra. Pero es, precisamente, en esta subordinación de todos los poderes, públicos y privados, al proyecto jurídico y político diseñado en las constituciones, donde reside la *razón social* del estado constitucional de derecho convertido gracias a ella, como se dice en el § 13.9, en *estado-instrumento* para finalidades externas a sí mismo: la garantía de la paz y de los derechos fundamentales constitucionalmente estipulados. Si en el § 14.2 he hablado de primacía de la *democracia formal* (D12.34) y de los derechos fundamentales *secundarios* o *instrumentales*, a propósito de la *fundación positiva* del sistema político y de sus *normas de reconocimiento*, ahora, en cambio, bajo el prisma de su *fundamento axiológico* y de su *razón social*, debe hablarse de primacía de la *democracia sustancial* (D12.35) y de los derechos fundamentales *primarios* o *sustanciales*.

En la democracia constitucional, esta razón social, de la que el Estado y las demás instituciones son instrumentos, no es sino la garantía de los derechos vitales ofrecida por la esfera pública (T12.167) como fuente de legitimación del artificio institucional en su conjunto. Por eso su actuación depende de la observancia de las garantías adecuadas, y antes aún de la introducción de éstas, mediante las correspondientes leyes de actuación. Se trata de las *garantías primarias*, es decir, de las prohibiciones y de las obligaciones correlativas a las expectativas negativas y positivas en que consisten los derechos de libertad y los derechos sociales (D10.39); y de las *garantías secundarias*, es decir, de técnicas de justiciabilidad de las violaciones de las garantías primarias, idóneas para repararlas o para sancionarlas (D10.40).

Este sistema de garantías —frente a todos los poderes, sean económicos o políticos, y a la vez para tutela de todos los derechos constitucionalizados— no puede por menos de ser imperfecto. Sobre todo por la divergencia fisiológica que, como ya se ha dicho, existe siempre entre derecho y realidad, entre normatividad y efectividad. En segundo lugar, el conjunto de principios axiológicos que son los derechos primarios establecidos en las constituciones forman más que nunca un modelo límite cuya plena actuación es imposible y equivale por esto a una suerte de utopía positiva. De aquí la divergencia deóntica entre deber ser normativo y ser efectivo del derecho que he señalado desde el comienzo como el tema central de la reflexión teórica y de la práctica jurídica y política. Esta divergencia —que se expresa en antinomias y lagunas generadas por la presencia de leyes que contrastan con los principios constitucionales o por la ausencia de leyes de actuación que dispongan sus garantías— es un factor permanente de deslegitimación del sistema jurídico que la jurisdicción constitucional y sobre todo la política legislativa tienen el deber de reducir. A sabiendas, por lo demás, de que no es del todo eliminable, y de que por ello existe un margen inevitable de ilegitimidad, cuyo reconocimiento es el presupuesto de la deontología de las funciones públicas y de su crítica tanto interna como externa, según se dice al final del § 14.12. Es por lo que hablaré de *grado* de garantismo y de

legitimidad de las instituciones públicas y, a la inversa y por tanto, de un grado de ilegitimidad de las mismas, en razón del grado de efectividad (y de inefectividad) de los derechos fundamentales primarios, es decir, de la tutela o falta de tutela de los derechos de libertad y de satisfacción o insatisfacción de los derechos sociales. En efecto, con aparente paradoja, la democracia constitucional se caracteriza por ser el específico régimen jurídico que no podrá alcanzar nunca una plena autolegitimación y que, en cambio, permite siempre la deslegitimación de los diversos tipos de poder a la luz de sus propios principios y promesas, nunca del todo realizados. Y, a su vez, el garantismo se configura como teoría y como técnica de la deslegitimación y de la transformación; como crítica del derecho ilegítimo y, al mismo tiempo, como lucha por los derechos a través de la elaboración, reivindicación, introducción y actuación de garantías, así como de funciones e instituciones de garantía adecuadas a los diversos tipos de derechos.

Este capítulo está dedicado al análisis, inevitablemente sumario e incompleto, de tal conjunto de garantías de los 'derechos primarios', también llamados 'finales' o 'sustanciales', y que se distinguen en derechos de libertad y derechos sociales (T11.74). En él reside la razón social del estado-instrumento y se basa la que he llamado *democracia sustancial* (D12.35): de las garantías, funciones e instituciones de garantía ya instituidas y aplicadas en la experiencia histórica del constitucionalismo democrático, y de las que sería posible y obligado introducir para colmar o, al menos, reducir sus lagunas. Del mismo modo que el capítulo precedente, dedicado a las *formas*, civiles y políticas, de la democracia, aseguradas por los que he llamado derechos 'secundarios', 'formales' o 'instrumentales', también éste se dividirá en dos partes, dedicadas a los *contenidos* de la democracia constitucional. La primera (§§ 15.2-15.16) a su *dimensión liberal*, es decir, al sistema de las garantías, prevalentemente negativas, idóneas para tutelar los derechos de libertad; la segunda (§§ 15.17-15.22) a su *dimensión social*, es decir, al sistema de garantías, prevalentemente positivas, dirigidas a dar satisfacción a los derechos sociales. Las garantías liberales del primer tipo, que forman esencialmente un conjunto de límites al ejercicio de los poderes, servirán para configurar el modelo normativo de un *estado liberal mínimo* y, específicamente, de un derecho penal mínimo. Las garantías sociales del segundo tipo, al integrar un sistema de vínculos a cargo de la esfera pública, servirán, en cambio, para constituir el modelo normativo de un *estado social máximo*. En el primer caso, hablaremos de *liberal-democracia* y de *estado liberal de derecho*; en el segundo de *social-democracia* y de *estado social de derecho*. Cuando concurran ambas dimensiones, hablaremos de *liberalismo social* o de *socialismo liberal*.

Los dos modelos —el de la democracia liberal (D12.38) y el de la democracia social (D12.39)—, más que oponerse, resultarán ser conexos y complementarios. En efecto, pues vida y supervivencia, libertades fundamentales y mínimos vitales, garantías de los derechos de libertad y

garantías de los derechos sociales, según ya dije en los §§ 13.4 y 13.13 y como se verá mejor en las páginas que siguen, por lo general se refuerzan recíprocamente. Por lo demás, con apoyo en las tesis desarrolladas en el capítulo XI, toda la esfera de los posibles conflictos entre derechos fundamentales resultará fuertemente redimensionada, lo que contrasta con su usual enfatización y dramatización debida a mi juicio a un defecto de análisis de la estructura de los diversos tipos de derechos. Ya ha sido redimensionada en los capítulos precedentes, en lo que hace a la relación entre derechos de autonomía y derechos de libertad, que no debe concebirse como virtual conflicto sino como límite impuesto, por el respeto de los segundos, al ejercicio de los primeros, que son derechos-poder. Pero lo será también en este capítulo, por lo que se refiere a la relación entre derechos 'de libertad de' y derechos de 'libertad frente a', que tampoco debe configurarse como posible conflicto, sino como límite impuesto al ejercicio de los primeros que no puede ser ofensivo para los segundos. Efectivamente, los derechos de 'libertad frente a' son siempre un límite a las 'libertades de' de los demás (T11.80). En principio, las únicas libertades ilimitadas son las inmunidades fundamentales, que, precisamente, son sólo 'libertades frente a', como el derecho a la vida, es decir, a no ser privado de ella, la libertad de conciencia, el derecho a no ser torturado y las diversas formas de *habeas corpus* que, al ser únicamente expectativas negativas, no pueden interferir con los derechos y con las libertades de los demás.

El análisis de la democracia liberal, o, si se prefiere, de la dimensión liberal de la democracia, se articulará, a su vez, en cuatro partes. Antes de nada ilustraré el principio de la laicidad del derecho consiguiente a su separación de la moral y de la religión en tanto que instrumento de garantía de las personas exclusivamente frente a las ofensas injustas. En segundo término, hablaré de las 'libertades frente a' (ofensas de otros) o libertades pasivas (*freedom from*) y, en tercer lugar, de las 'libertades de' (actuar de manera inofensiva) o libertades activas (*freedom to*). Por último, abordaré el sistema de las garantías primarias y secundarias de las dos libertades ofrecidas por el paradigma del derecho penal mínimo, a través de la estipulación de lo que se debe y no se debe prohibir y castigar, según sea ofensivo y culpable o inofensivo y no culpable.

En efecto, como se verá en el próximo parágrafo, el principal corolario axiológico de la separación laica entre derecho y moral es el principio de lesividad, que tiene un doble valor, correlativo a la gran distinción de las libertades fundamentales en 'libertades frente a' y 'libertades de' (D11.15). Ya que es cierto que todos los derechos de libertad son derechos negativos (T11.64) consistentes en expectativas de no lesión (D10.22). Pero junto a los derechos que *sólo* consisten en inmunidades (D11.12, D10.23) existen los derechos de 'libertad de', que consisten también en facultades (D11.13, D10.24). Por tanto, el principio de lesividad opera en dos direcciones, que serán examinadas en la segunda (§§ 15.3-15-6) y en la tercera parte (§§ 15.7-15.9) de nuestro análisis de

la democracia liberal. De un lado, como *límite positivo*, es decir, como criterio de identificación de lo que está justificado limitar como lesivo, en garantía de los derechos de *libertad negativa* frente a las ofensas injustas; de otro, como *límite negativo*, esto es, como criterio de identificación de lo que no está justificado limitar porque es inofensivo, en garantía de los derechos de *libertad positiva*, que consisten en libertades de obrar. En la primera dirección, el principio sirve para fundar no sólo los límites al ejercicio de los poderes, sino también al ejercicio de las libertades que sea lesivo para las inmunidades fundamentales, como el derecho a la vida, la libertad de conciencia, la integridad y la libertad personal y la intimidad. En la segunda dirección vale para dar fundamento a los poderes de restricción de las libertades-facultad igualmente fundamentales, como las libertades de manifestación del pensamiento, de reunión, asociación y circulación. Es así como se funda el modelo del derecho penal mínimo, en el que ambos valores del principio de lesividad coinciden con la doble función garantista que, como se verá en los §§ 15.10-15.16, lo caracterizan como paradigma metateórico de justificación y como modelo normativo. De un lado, la garantía de las libertades negativas frente a las ofensas injustas representadas por los delitos; del otro, la garantía de las libertades positivas frente a las prohibiciones injustas de actos inofensivos. Así se confirmará la articulación en cuatro planos del edificio jurídico de las libertades realizada en los §§ 1.6, 2.4 y 11.6. El de las *libertades de hecho*, limitables por el ejercicio de los poderes que son expresión directa o indirecta de los *derechos de autonomía*, dentro de los límites impuestos, a su vez, por los *derechos de libertad* constitucionalmente estipulados, de los que las *libertades de* son, a su vez, limitadas por las *libertades frente a* o inmunidades fundamentales.

15.2. *III. La 'democracia liberal'. A*) *El doble significado de la separación entre derecho y moral y el principio de laicidad del derecho y de la moral*

El primer requisito de la *democracia liberal* o *liberal-democracia*, conexo con el papel del derecho como instrumento de garantía, es la inmunidad de las personas frente a constricciones o prescripciones jurídicas de tipo ideológico o religioso. Además de los ya tratados en los §§ 14.6 y 14.10, éste es otro aspecto de la separación de la esfera pública y la esfera privada afirmados con el nacimiento del Estado moderno y con la simultánea laicización y secularización del derecho. Sobre esta base, el pensamiento liberal ha configurado la separación entre ambas esferas como *separación entre derecho y moral*, o entre Estado y religión, para la tutela de las libertades de conciencia y de pensamiento. Es una separación que sigue replanteándose hoy —frente a las intolerancias e invasiones de las religiones y de todo tipo de dogmatismos éticos o políticos— en la relación más general entre Estado e Iglesias, entre el derecho y las dife-

rentes éticas y culturas, en garantía de las libertades fundamentales y del pluralismo político, religioso, moral y cultural.

En otras ocasiones he distinguido dos significados de esta conquista de civilidad[2]. En un primer significado, *asertivo* y *teórico*, la tesis de la separación entre derecho y moral es un corolario del *positivismo jurídico*, es decir, de la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho vigente. Desde este punto de vista, la tesis expresa dos recíprocas autonomías: la autonomía del derecho respecto de la moral, entendida «moral» en el más amplio sentido, y la de la moral respecto del derecho, como esferas distintas y separadas, una pública y la otra privada. Según se ha recordado en el parágrafo precedente, el derecho no es (ni es derivable de) lo que es (considerado) «justo» o conforme a una cierta «moral» o «cultura», sino sólo aquello cuya predeterminación convencional está confiada al legislador, en garantía de la certeza y por tanto de la igualdad ante la ley, de la libertad frente a la arbitrariedad moral (o ideológica) y de la sujeción de los poderes públicos a la ley. A la inversa, la moral (así como las diversas ideologías, religiones y culturas) no se basa en el derecho, o sea, sobre normas heterónomas, pues, al contrario, cuando es auténticamente vivida, se funda en la autonomía de las conciencias individuales y en su valor como fin en sí misma.

En un segundo significado, *prescriptivo* y *axiológico*, la tesis de la separación es un corolario del *liberalismo político* y, por otro lado, del *utilitarismo jurídico*, que, cabe decir, es la otra cara del liberalismo. En virtud de esta segunda tesis, el derecho y el Estado no encarnan valores morales ni tienen el deber de afirmar, sostener o reforzar la (o una determinada) moral, cultura o religión, ni siquiera de tipo laico o civil[3]. Por ello, no deben inmiscuirse en la vida moral de los ciudadanos, defendiendo o impidiendo sus estilos de vida, sus creencias ideológicas o religiosas, sus opciones políticas o culturales. Su único cometido es tutelar a las personas garantizándoles la vida, la dignidad, la libertad, la supervivencia y la igualdad. Y lo cumplen, precisamente, mediante la estipulación y la garantía de los derechos vitales de todos en el pacto constitucional. Desde los derechos de libertad y de inmunidad frente a lesiones o constricciones, que equivalen a otros tantos derechos a la propia identidad, hasta los derechos sociales a prestaciones, equivalentes a otros tantos derechos a la supervivencia. Es en esta neutralidad moral, ideológica y cultural, donde reside la laicidad del derecho y del estado liberal; del mismo modo que la autenticidad de la ética laica reside en la exclusión de cualquier apoyo jurídico o heterónomo.

Aunque distintas, las dos separaciones entre derecho y moral o, si se prefiere, entre derecho y justicia —una en sentido asertivo, que será mejor llamar *distinción*, y la otra en sentido prescriptivo, para la que se puede reservar la expresión *separación*— están estrechamente relacionadas, del mismo modo que lo están las tesis de la confusión entre las dos esferas. La primera sirve para fundar el principio de legalidad; la segunda está en la base del principio de lesividad y del conexo de mate-

rialidad. Precisamente, el reconocimiento de la pluralidad de las morales y las culturas, ninguna de las cuales puede pretender imponerse como la única moral verdadera sin entrar en conflicto con las demás, hace necesaria la convención legal asegurada por el *principio de legalidad* en la predeterminación formal de lo que es ilícito y punible en garantía de las diferentes identidades culturales, morales, políticas y religiosas y de la igualdad y las libertades de todos. Por otra parte, justamente la diversidad de los diferentes puntos de vista morales, religiosos, ideológicos y culturales excluye, como inadmisible e impracticable, la pretensión de cada uno de ellos de modelar el derecho a su imagen e impone, como condición de la convivencia pacífica y la igual libertad de cada uno compatible con la de los demás, el papel garantista asegurado por el *principio de lesividad* en la identificación sustancial como ilícito y punible de sólo las acciones dañosas para terceros. Lo que, por tanto, ha resultado incompatible con un ordenamiento liberal es la pretensión de la Iglesia y de la religión de proponerse como depositarias de la verdad, y, con ello, de un derecho «natural» basado en la ética religiosa en cuanto, a su vez, fundada en la verdad[4]. Es la pretensión de una fundación de la validez de las normas inmediatamente sustancialista, en lugar de la fundación moderna en la forma legal o positiva de su producción.

Por «laicidad del Estado» y, de otra parte, por «ética laica» debe entenderse la recíproca autonomía de derecho y moral, entre instituciones jurídicas e ideologías políticas o creencias religiosas, y, por consiguiente, el rechazo metaético y metapolítico de dos confusiones contrapuestas, una y otra de signo autoritario y tendencialmente totalitario. Son, de una parte, la fundación moralista del derecho que se expresa en la pretensión iusnaturalista de la imposición jurídica de una determinada moral, religión o ideología, como fuentes exclusivas y exhaustivas del derecho «justo»; y, de otra, la fundación jurídica de la moral que se traduce en la opuesta pretensión ético-estatalista de la apriorística valorización ética del derecho o del Estado, como fuentes y expresiones exclusivas y exhaustivas de la «verdadera» o de la «única» moral. En cuanto opuestas, las dos confusiones se fundan en una concepción cognoscitivista de la moral y del derecho que anula la autonomía de una y otra. Pues si la moral es una sola, como expresión de Dios o del Estado, y, por tanto, el «bien» coincide con lo «verdadero», no se justifica ninguna tolerancia jurídica o moral de concepciones diversas del bien; del mismo modo que no se justifica la tolerancia teorética para una tesis falsa como «2 + 2 = 5».

En suma, la oposición entre ética católica o más genéricamente religiosa y Estado ético o confesional, de un lado, y laicidad de la ética y del derecho, del otro, es un corolario de la oposición entre *cognoscitivismo* y *anticognoscitivismo ético* y, por otra parte, entre *heteronomía* y *autonomía de la moral*. Entre ética heterónoma porque objetivamente «verdadera» y ética autónoma porque dictada por la conciencia individual; entre la pretensión de que el derecho deba ser un instrumento de afirmación y una suerte de brazo armado de la «verdadera» moral y el

rechazo de que la moral pueda ser impuesta con el derecho, en vez de fundarse en el valor de la espontaneidad de la acción moral como fin en sí misma. La distinción radica en la opuesta concepción tanto de la moral y del derecho como de la verdad. Si se considera que la ética es «verdad», o sea, la expresión de alguna ontología de los valores o de un cierto derecho natural o divino, se entiende que la misma forme un sistema de preceptos heterónomos y por ello pretenda modelar a su imagen el derecho positivo y traducirse en normas jurídicas. Por el contrario, si se entiende que la verdad es predicable solamente de las proposiciones asertivas, pero no de los juicios de valor, fundados en cambio en la autonomía individual, es claro que el derecho, en cuanto sistema de normas heterónomas válidas para todos, debe secularizarse como sistema de convenciones y pactos positivos idóneos para garantizar las libertades de todos, cualesquiera que sean los valores que cada uno profese, renunciando a invadir el terreno de las conciencias, las valoraciones y las opciones morales.

Sólo la doble autonomía y separación entre derecho (y Estado) y moral (o culturas), como sistemas no de aserciones sino de prescripciones ni verdaderas ni falsas, puede garantizar, con la laicidad del derecho y del Estado, el pluralismo cultural, la libertad de conciencia y de religión, la convivencia pacífica y el respeto de las diferentes identidades —naturales, religiosas, políticas y culturales— en sociedades complejas y diferenciadas como siempre lo han sido todas y más aún las actuales. Y es que, en efecto, tal separación se realiza precisamente a través de la neutralidad moral, ideológica y religiosa del Estado, como resulta en negativo de su no interferencia en las cuestiones relativas a la vida íntima de las personas y, en positivo, de la igual garantía, a través del universalismo de los derechos, de la identidad de cada uno cualquiera que ésta sea, homogénea o diferente, mayoritaria o minoritaria, considerada «normal» o «moral», o bien «anormal», «inmoral», liberal o antiliberal[5].

Así pues, en las actuales sociedades complejas, diferenciadas y multiculturales, la laicidad del Estado aparece como la primera garantía de todas las diferencias ligadas a la identidad de las personas. En el § 13.11 se han visto las múltiples falacias ideológicas en que incurren las teorías del diferencialismo y del multiculturalismo, que fundan la legitimidad de los derechos fundamentales en el consenso y por eso lamentan la contradicción entre el universalismo que éstos reclaman, que sería un producto de la cultura occidental, y el respeto debido a pueblos y a sujetos de culturas diversas a las que Occidente querría imponerlo. Ahora se tiene la confirmación de que la separación laica entre derecho y moral y, a la vez, el universalismo (en la titularidad) de los derechos fundamentales, excluyendo cualquier privilegio o discriminación de las personas fundados en diferencias de religión, opiniones políticas o modelos culturales, son la principal garantía del multiculturalismo, es decir, de la igual libertad, respeto y valorización de todas las diferentes ideologías y culturas.

A partir de aquí se entiende por qué el derecho penal ha sido el terreno en el que nació el liberalismo y también el estado de derecho moderno. En efecto, los principios de materialidad y lesividad de los delitos, elaborados por la cultura ilustrada como límites a la potestad punitiva y criterios de justificación de lo punible no son sino corolarios del principio liberal de la separación entre derecho y moral. Conforme a ellos, no son punibles los actos internos, los simples vicios, los actos contra uno mismo, los lesivos para la religión, lo que se conoce como buenas costumbres, o cualquier modelo de normalidad —todos comprendidos en la esfera de la libertad, que incluye también el derecho a ser malvados—, sino sólo los comportamientos exteriores concretamente dañosos para las personas de carne y hueso. Dicho más sencillamente, no se puede castigar por lo que se es, sino sólo por lo que se hace. Se pueden prohibir comportamientos lesivos, nunca identidades, no cabe admitir la existencia de identidades lesivas de por sí, ilícitas, anormales, desviadas o alienadas, como las conciben de distintas maneras las diversas antropologías de la desigualdad. El principio de igualdad, el respeto a la persona y el valor de la libertad excluyen la existencia de normas penales tético-constitutivas, es decir, que discriminen por el ser en lugar de por el hacer, penalizando tipos de sujetos en vez de tipos de acción[6].

Se trata de principios en cuyo nombre la cultura ilustrada y liberal condujo, en los siglos XVII y XVIII, batallas memorables contra la represión de los hechos inofensivos y no obstante considerados «inmorales», como la herejía, los crímenes de lesa majestad, la sodomía, la homosexualidad, la prostitución, la tentativa de suicidio, la embriaguez, el uso personal de estupefacientes[7]. Recuérdense las críticas de Hobbes, Locke, Pufendorf, Thomasius y después las de Montesquieu y Voltaire al castigo de los «actos internos» y de los llamados «actos contra natura»[8]. Pero, sobre todo, debe recordarse el nexo entre libertad y principio de lesividad solemnemente establecido en el artículo 4 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos». Es también el principio con el que después Kant expresó la función del derecho, que es garantizar la convivencia de la libertad de cada uno con las libertades de todos, independientemente de la reprobación moral o de otro tipo que cada uno pueda manifestar acerca de los actos inofensivos ajenos[9]. Un principio que, por lo demás, identifica un doble límite: el recién señalado, relativo al poder de prohibir y de castigar, en garantía de las 'libertades de', y el límite a estas mismas libertades activas impuesto en garantía de las libertades de todos y consistente en la prohibición de lesionar las libertades ajenas y, más en general, de «dañar a los demás».

De este modo, en el *principio de lesividad* se ha identificado el confín entre el respeto debido a los individuos en razón de los derechos fundamentales que les están atribuidos y el respeto debido a las culturas que

entren en conflicto con éstos. Los derechos fundamentales, según se dijo en el § 13.11, son siempre leyes de los más débiles contra la ley del más fuerte, que bien puede ser la del propio mundo y de las propias culturas, que, después de todo, no son nunca entidades orgánicas y monolíticas, sino siempre, incluida la nuestra, universos complejos en cuyo interior conviven, a veces en conflicto, culturas y subculturas diversas e incluso opuestas. Así, son sólo los individuos, no las culturas, los sujetos débiles tutelados por los derechos fundamentales. Y sería, éste sí, un signo de eurocentrismo no ya afirmarlas, sino negarlas en perjuicio de cuantos tienen la suerte de pertenecer a pueblos y culturas que no han realizado el mismo recorrido histórico que nosotros, como si éstos tuvieran que esperar un desarrollo análogo antes de verlos reconocidos también en su favor. Pero más allá del límite impuesto frente a la lesión de los derechos de otros, vale el principio de tolerancia, es decir, la tutela de las libertades que es a la vez expresión y garantía del respeto de todas las diferencias culturales.

15.3. *B*) *Las 'libertades frente a' o inmunidades fundamentales: BA*) *La libertad religiosa y la libertad de conciencia*

El primer derecho fundamental que se sigue de la separación en sentido axiológico de derecho y moral es la *libertad de conciencia*, es decir, la no intromisión del derecho en la esfera íntima de las personas. La figura clásica y originaria de esta libertad es la *libertad religiosa*, es decir, la libertad de practicar o no una determinada fe religiosa sin impedimentos pero también sin constricciones. No obstante, la libertad religiosa no coincide con la libertad de conciencia, en relación con la cual es, por un lado, más amplia, pues incluye la libertad de culto y de proselitismo, que es una libertad-facultad consistente en la 'libertad de' practicar los cultos y difundir las creencias de la propia religión (D11.13, T11.57), y, por otro, más restringida, dado que la libertad de conciencia incluye cualquier libertad de pensamiento o de opinión, a su vez distinta, como inmunidad fundamental (D11.12, T11.56), de la libertad activa de manifestación del pensamiento de la que es presupuesto[10]. Tampoco se identifica con la sola 'libertad frente a' impedimentos, pues consiste además en la 'libertad frente a' constricciones. Como escribió Francesco Ruffini, es la libertad del individuo de «creer en lo que más le gusta o, si le place, de no creer en nada, pues debe darse igual reconocimiento y protección a la irreligión, al aconfesionalismo, a la increencia y a la incredulidad»[11].

Por tanto, la *libertad religiosa* incluye entre libertades diversas si bien conexas entre sí: *a*) una libertad-facultad, consistente en la libertad *de culto*, es decir, de practicar los ritos y de propagar y difundir las creencias de la propia religión; *b*) una libertad-inmunidad, por así decir, *estática*, consistente en la inmunidad frente a prácticas impeditivas o represivas de la libre formación de las propias convicciones y

de la propia conciencia religiosa; *c*) una libertad-inmunidad que cabe llamar *dinámica*, consistente en la misma inmunidad frente a prácticas religiosas lesivas para el cuerpo o constrictivas de la autodeterminación y el libre desarrollo de la conciencia religiosa. Si las dos primeras libertades componen la que podemos llamar *libertad de religión*, la tercera se configura sobre todo como *libertad frente a la religión*. Estas dos libertades corresponden a las dos recíprocas separaciones axiológicas entre derecho y moral (o religión) analizadas en el parágrafo precedente. La primera es un corolario de la separación y de la autonomía de la religión y de la moral del derecho, de la Iglesia del Estado, de las ideologías de las instituciones públicas; la segunda, a la inversa, es un corolario de la separación y de la autonomía del derecho de la religión y de las morales codificadas, del Estado de la Iglesia, de las instituciones públicas de las ideologías oficiales.

Así pues, *libertad de religión* y *libertad frente a la religión* son libertades diversas pero conexas, como las dos caras de la misma moneda; y, además, conexas con la laicidad de la moral y del derecho, que son sus fundamentos. En ambos sentidos —como 'libertad de' culto y como 'libertad frente a' impedimentos o constricciones en la formación y en el desarrollo de las propias convicciones religiosas, incluidas las de tipo ateo o agnóstico— la libertad religiosa designa la inmunidad frente a toda forma de prohibición o constricción, de discriminación o condicionamiento heterónomo, ya sea de tipo político e institucional, como la proveniente de persecuciones religiosas o de las diversas formas de Estado confesional o de religión de Estado[12], o de carácter social e incluso religioso, como la que provenga de invasiones o presiones de naturaleza clerical[13]. Es, en efecto, un derecho fundamental, al mismo tiempo universal (*omnium*) y absoluto *(erga omnes*). Así, como condición tanto de la laicidad de las instituciones como de la igualdad en la libertad religiosa, supone un derecho «sin distinción de religión», como dice el artículo 3.1 de la Constitución italiana[14], y por eso la neutralidad religiosa del Estado y el igual tratamiento de todas las diversas confesiones, actitudes, creencias o increencias religiosas. De ahí la incompatibilidad con los principios de la laicidad y la igualdad en los derechos de acuerdos o concordatos entre Estados e Iglesias, que inevitablemente tienen el efecto de privilegiar a las confesiones religiosas más fuertes, o en cualquier caso, de diferenciar el tratamiento jurídico de los diversos cultos religiosos. De ahí, además, la incompatibilidad con los mismos principios de cualquier tutela penal, no sólo de una religión privilegiada en relación con las demás, sino también de la religión en cuanto tal con respecto a la no-religión[15] y, más en general, de cualquier tratamiento de favor o desfavor a cualquier religión. No hay lugar para el derecho, escribió Montesquieu, entre las «cosas que pasan entre el hombre y Dios, quien conoce la magnitud y el momento de su venganza»[16].

Por tanto, cualquier disciplina jurídica de la vida religiosa, o religiosa de la vida jurídica, daña tanto al derecho como a la religión. Daña al

derecho porque perjudica a su laicidad, discrimina entre sentimientos diversos, viola el principio de igualdad y amenaza la convivencia pacífica. Daña a la religión (y a la moral) porque compromete la autonomía y la autenticidad de la conciencia religiosa (y moral), que no sólo no tiene necesidad del derecho sino que resulta desnaturalizada cuando recibe su apoyo[17]. Y, por consiguiente, daña a todas las libertades religiosas antes identificadas, que resultan lesionadas por cualquier injerencia del derecho o del Estado en la esfera de la moral o de la religión, así como por cualquier invasión por la religión o las ideologías de la esfera pública del derecho y de las instituciones políticas, tanto como por cualquier forma de intolerancia o de privilegio en relación con cualquier religión[18]. Imponer o prohibir el velo islámico, prohibir o imponer el ateísmo, declarar una religión «del Estado» o, al contrario, perseguirla, son todos actos que violan al mismo tiempo la libertad de religión y la libertad frente a la religión, la libertad de culto y la laicidad del derecho y de la moral, pues limitan la libertad religiosa y a la vez la neutralidad del Estado; y esto, tanto si imponen o favorecen como si, al contrario, prohíben o desalientan una determinada creencia o práctica religiosa.

De este modo, se confirma la implicación recíproca entre multiculturalismo, como respeto de las diferentes culturas, y libertades fundamentales, ya puesta de relieve en el § 13.11. En efecto, la libertad religiosa ha sido el primer, fundamental, derecho cultural, sobre cuya ambivalencia se han calcado todos los actuales derechos culturales, que son *libertad de las culturas*, es decir, tutela y garantía de las diversas culturas, pero también *libertad frente a las culturas*, esto es, respeto y garantía de sus límites para la tutela de cuantos, dentro de las correspondientes comunidades culturales, no se sienten o no quieren sentirse condicionados por ellas. Y lo mismo puede decirse de los valores políticos y morales, para los cuales, de nuevo, el principio de laicidad, tanto del derecho como de la moral, garantiza la libertad de las ideologías, pero también la libertad frente a las ideologías; la libertad de los valores, pero también la libertad frente a los valores; en pocas palabras, las libertades activas de culto y de propaganda, pero también las libertades pasivas frente a cualquier forma de invasión o de imposición ideológica o religiosa. Así pues, entre las tres libertades religiosas —la libertad activa *de religión* y las libertades pasivas de conciencia religiosa, es decir, de inmunidad frente a impedimentos o constricciones— existe un nexo, pero también una jerarquía, ligada al principio reiteradamente aludido de que las 'libertades frente a' o libertades-inmunidad constituyen los límites y a la vez el presupuesto de las 'libertades de', cuyo ejercicio está, por eso, subordinado a aquéllas (T11.80).

En el sentido *activo* de libertad-facultad, es decir, como *libertad de religión* o *de culto* (D10.26. D11.13), la libertad religiosa es la libertad de profesar, difundir y practicar la propia religión o de no profesar ni practicar religión alguna[19]. Pero, del mismo modo que las demás libertades-facultad, tal libertad activa de religión encuentra el límite deóntico,

en el sentido indicado al final del § 11.6, consistente en la prohibición de dañar a otros; comenzando por la prohibición de comprimir la libertad religiosa de los demás en sentido pasivo, es decir, como libertad de conciencia, que constituye tanto un límite como un presupuesto de la libertad religiosa en sentido activo, al igual que sucede con la libertad de pensamiento en relación con la de expresión del pensamiento. En este terreno se manifiesta el papel de *límite fundamental* desempeñado por las (garantías de las) 'libertades frente a' o inmunidades fundamentales en su relación con las 'libertades de' o facultades fundamentales (T11.80, D11.24), a veces impropiamente entendido como conflicto dilemático entre derechos. En virtud de este límite, que se expresa en el principio de lesividad ilustrado en los dos parágrafos precedentes, el ejercicio no sólo de las meras libertades y de los derechos de autonomía, sino también de los derechos de 'libertad de', no puede lesionar los demás derechos de libertad, aunque sólo sea porque consiste en actos o comportamientos de nivel inferior a aquel al que pertenecen las normas téticas que establecen los derechos de libertad. En este límite fundamental consiste la garantía de la libertad religiosa en el sentido *pasivo* de libertad de conciencia, y por tanto también de la *libertad frente a la religión*, supraordenada por eso al ejercicio de la libertad de religión en sentido activo como inmunidad frente a las lesiones físicas y a las constricciones psicológicas que de él puedan derivarse.

Tal inmunidad se requiere sobre todo en relación con las lesiones y las constricciones físicas. Como ya se ha dicho en el § 13.11, son, por ejemplo, violaciones graves e intolerables de la integridad personal prácticas como la infibulación y la escisión[20], ciertamente inadmisibles sin la libre decisión de la mujer, con fundamento en la libertad religiosa de quien las causa o en el respeto de la cultura de la comunidad a la que aquélla pertenezca. Por ello, estas prácticas deben ser prohibidas y sancionadas, en garantía de la integridad personal, ya sólo por el efecto performativo del sentir común que corresponde siempre al derecho. Sin embargo, tratándose de prácticas de fuerte arraigo en las culturas de las que son expresión, su simple criminalización —sobre todo si es con penas draconianas como las introducidas en Italia por la ley 7/2006, de 9 de enero (reclusión de 4 a 12 años, incrementada en un tercio si el hecho se comete sobre menores)— crea el riesgo de producir el efecto exactamente opuesto: la total inmersión del fenómeno en la clandestinidad y la incentivación en lugar de la desincentivación de su práctica, bajo la enseña de la defensa de las identidades culturales ofendidas y el consiguiente choque de civilizaciones. De ahí la oportunidad de favorecer la superación de tales prácticas mediante políticas dirigidas no sólo a afrontarlas con la necesaria estigmatización jurídica, sino sobre todo a prevenirlas, ofreciendo incluso apoyo público a las diversas formas de escisión puramente simbólica, y en todo caso no lesiva, experimentadas en muchos países y reivindicadas por diversas asociaciones femeninas[21].

Más simple es la cuestión del velo islámico que, en cuanto práctica religiosa de tipo heterónomo, puede incidir sobre la libertad personal y sobre la libertad de conciencia como libre autodeterminación en materia religiosa. Ciertamente, el uso del velo es un signo inequívoco de humillación y sujeción de las mujeres, destinado a desaparecer sólo como resultado de la lucha de éstas para liberarse de la religión. Sin embargo, cuando es compartido por las propias mujeres, obviamente de edad adulta, es un fenómeno cultural que sólo puede ser superado gracias a procesos culturales, y no, por cierto, con prohibiciones de tipo paternalista y antiliberal como las adoptadas en Francia, que constituyen por sí mismas una violación tanto de la libertad personal como de la libertad religiosa. Esto no significa ignorar la opresión de la que el velo es signo y producto, sobre todo en las formas extremas del *burka*, equivalentes a una verdadera segregación. Si es verdad que los derechos fundamentales son derechos individuales, que tutelan a la persona también frente a su cultura e incluso frente a su propia familia, habrá que valorar caso por caso si en concreto, en el uso del velo por una determinada mujer y en una cierta ocasión, cabe constatar una lesión de su libertad personal o incluso sólo religiosa, como, por ejemplo, una violencia, una amenaza o, a lo peor, una reducción a la esclavitud. Solamente en estos casos habrá que proceder por los hipotéticos delitos, que, obviamente, no consistirán en el uso del velo, sino en las coacciones o violencias sobre la libertad personal y religiosa mediante las que el mismo se imponga. En todos los demás casos —aparte de la necesaria tutela de los menores— la prohibición no estaría justificada en modo alguno. Cada uno ha de ser libre de vestirse como quiera, y esta libertad debe ser tutelada sobre todo cuando un determinado modo de vestirse refleja una práctica religiosa, una tradición o las costumbres de cierta cultura, y es, pues, expresión de la libertad de religión[22].

Para el orden de la democracia liberal en su conjunto, es igualmente importante la inmunidad frente a constricciones psicológicas de la libertad religiosa en sentido pasivo, que ha sido el paradigma de la libertad de conciencia o de pensamiento. A diferencia de la libertad de religión en sentido activo, esta libertad pasiva de la conciencia religiosa no encuentra ningún límite jurídico. Es una suerte de *habeas mentem*, o, si se prefiere, de soberanía de la conciencia; no admite límites deónticos, inconcebibles tratándose de mera inmunidad, y tampoco límites físicos, como los señalados al final del § 11.6, posibles, en cambio, como se verá en el § 15.5, para el *habeas corpus*. Si acaso, es ella misma un límite deóntico a las libertades activas, incluida la libertad de religión y de culto. Antes he distinguido dos tipos, ligados a las dos formas en que se manifiesta: en primer lugar como *libertad estática*, es decir, como inmunidad frente a impedimentos, represiones o discriminaciones; en segundo lugar, como *libertad dinámica*, esto es, como inmunidad frente a agresiones o constricciones y, por tanto, como libertad de autodeterminación en la formación de las propias convicciones religiosas o de otro tipo.

Como *libertad estática* (para la tutela de la propia conciencia), la libertad de conciencia excluye no sólo, como la libertad religiosa en sentido activo, todo tipo de impedimento o represión. Sobre todo, excluye cualquier tipo de injerencia o discriminación, y es garantizada por la irrelevancia jurídica asociada a las creencias o increencias religiosas y, por otro lado, por la prohibición de intromisión en la conciencia de la persona. Piénsese, de una parte, en la prohibición de discriminación de los ateos o de los no creyentes en la atribución del cuidado de los hijos en caso de separación o de divorcio entre cónyuges[23], y, de otra, en la prohibición al empleador de indagar sobre las opiniones, no sólo políticas y sindicales, sino religiosas de los trabajadores para decidir sobre su contratación[24].

Como *libertad dinámica* (para la formación y el desarrollo de la propia conciencia), la libertad de conciencia equivale a la autonomía o autodeterminación de la conciencia, es decir, a la «libertad de formar en concreto dentro de sí propias personales convicciones»[25]. Y por eso exige, como dice el artículo 3.2 de la Constitución italiana, remover los «obstáculos» que «impiden el pleno desarrollo de la persona humana». En palabras de la Corte Constitucional italiana, designa la «relación íntima y privilegiada del hombre consigo mismo»[26] y de ahí el derecho a la (formación de la) identidad personal como corolario de la dignidad de la persona. Ya he hablado de la lesión o al menos del condicionamiento ideológico de esta libertad provenientes de cualquier forma de imposición jurídica de una religión estatal o, simplemente, de cualquier tipo de protección o promoción pública de una cierta religión, en contraste con el principio de laicidad de las instituciones políticas. Añado ahora que la libertad de conciencia, en el sentido de libertad de elección y de autónoma maduración de las propias convicciones religiosas, requiere además la inmunidad de la persona, sobre todo en las etapas formativas de la infancia y la adolescencia, frente a todo tipo de adoctrinamiento religioso, como, por ejemplo, el que se permite en Italia no sólo en las escuelas confesionales privadas sino incluso en las públicas[27]. En esta cuestión carece de relevancia el poder de educación de los hijos atribuido a los padres. En efecto, como he dicho en el § 10.4, este poder no es un derecho, sino una función, cuyo ejercicio está orientado al interés del menor, es decir, a la garantía de su libertad religiosa, que no se identifica con la de los padres. En esta perspectiva, la libertad religiosa del menor, como derecho a la libre elección en materia de religión, no es más que un aspecto del derecho social a la educación de que hablaré en el § 15.21, es decir, a una formación crítica y cultural apta para dar fundamento a opciones religiosas o a-religiosas libres y conscientes[28]. Nadie dudaría de que las escuelas coránicas, que se han multiplicado en años recientes en Pakistán y en Afganistán, son escuelas de fanatismo que manipulan la conciencia de los niños que les son confiados. Es lo mismo que habría que reconocer para cualquier forma de catequesis impuesta o de adoctrinamiento coactivo.

Por otra parte, se ha dicho que la libertad de conciencia va mucho más allá de la libertad religiosa, en tanto que, como libertad estática y como libertad dinámica, incluye cualquier tipo de libertad de pensamiento o de opinión. Por eso, ante las continuas, penetrantes intrusiones de los poderes mediáticos, públicos y privados, en nuestra vida cotidiana, más allá de la cuestión religiosa, la cuestión de la libertad de conciencia comprende el problema más general de la libertad de pensamiento como derecho fundamental de inmunidad: el derecho a estar libre de manipulaciones de la opinión pública ocasionadas por la desinformación y facilitadas por las formas monopolistas u oligopolistas de control de la información, tanto más amenazadoras cuanto más directa o indirectamente aliadas con el poder político. No es posible configurar garantías directas en apoyo de una tal inmunidad, sólo caben las garantías de las que hablaré en los §§ 15.7 y 15.22, de un lado, las del derecho de libre manifestación del pensamiento, del otro, las del derecho o interés público a la información, ambos asegurados por la máxima autonomía de los periodistas respecto de la propiedad de las cabeceras y por el pluralismo de los medios de información. Pero es importante subrayar que semejantes garantías son esenciales no sólo para la tutela de estos dos derechos, sino también, e incluso antes, para las de la libertad de pensamiento y de conciencia como inmunidades fundamentales, presupuestos a su vez de la libertad de elección y de la participación crítica y consciente en la vida política. En este sentido, son, además, garantías de igualdad. En efecto, desinformación y concentración monopolista de la información, al igual que el adoctrinamiento operado por religiones e ideologías estatales, son otros tantos «obstáculos» que es preciso «remover» —según las palabras del artículo 3.2 de la Constitución italiana— porque «al limitar de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país».

15.4. *BB*) *El derecho a la vida y la prohibición de la pena de muerte*

El *derecho a la vida*, cuya garantía fue concebida por Thomas Hobbes como la primera justificación racional y la principal razón social del derecho y del Estado, es, claramente, más aún que la libertad de conciencia, el principal derecho de inmunidad impuesto por el papel utilitarista del derecho como instrumento de tutela de las personas de carne y hueso. Por eso, como se dijo en el § 11.18, Hobbes, teórico del estado absoluto, puede muy bien ser reconocido como inventor del paradigma conceptual de los derechos fundamentales. En efecto, Hobbes asumió el derecho a la vida como derecho de todos —y en este sentido, figura paradigmática de los demás derechos fundamentales, igualmente universales— en cuanto expresión de la ley natural de la autoconservación, como fundamento de todo el derecho positivo, a comenzar por el derecho penal.

Así se comprende que el derecho penal haya sido el terreno teórico y práctico en que se ha desarrollado el paradigma garantista. En efecto, a él está confiada la primera, elemental garantía de inmunidad y a la vez de la dimensión sustancial de la democracia. Más adelante hablaré del sistema garantista del derecho penal mínimo como fuente de justificación del poder público de prohibir y castigar. Pero, ya desde ahora, es claro que la primera implicación normativa del derecho a la vida es la prohibición penal del homicidio. Más en general, la estipulación constitucional de derechos fundamentales como la vida, la integridad de las personas y sus libertades, impone al legislador la obligación de introducir las correspondientes garantías primarias negativas, es decir, las prohibiciones de sus violaciones, como el homicidio, las lesiones, el secuestro, las coacciones, las detenciones ilegales, la tortura y cualquier otro tipo de vejación. Dicho brevemente, como mostraré en el § 13.19, impone la obligación constitucional de una legislación de actuación de la que el derecho penal es su exponente más característico. Por este motivo las hipótesis del abolicionismo penal son insostenibles y, en esta perspectiva, contrarias al paradigma constitucional[29]. Las tesis de cuantos niegan la existencia de obligaciones constitucionales de prohibir y castigar no son aceptables[30]. Si se considera el problema desde el punto de vista de los derechos fundamentales, tal obligación, correspondiente a las expectativas vitales en que éstos consisten, no puede ser ignorada. Aquí se manifiesta toda la importancia de la distinción entre derechos y garantías, de la que ya se ha hecho uso más veces. En un sistema nomodinámico, informado además por el principio de legalidad penal, la estipulación de los derechos a la vida y a la integridad personal, aunque sea constitucional, no comporta la existencia de las prohibiciones penales que son sus garantías primarias, sino sólo el deber de introducirlas. Y su incumplimiento da lugar a una laguna, como ha sucedido en el derecho internacional antes de la reciente institución de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad, y como sucede todavía en el caso de los países que no se han adherido a ella.

La segunda implicación normativa del derecho a la vida se refiere a las penas, y precisamente a la prohibición de la pena de muerte, lógicamente incompatible con tal derecho y por ello con el principal fundamento axiológico del artificio jurídico. Si la existencia del Estado se justifica con el fin de la tutela de la vida humana, no puede el Estado mismo infligir la pena de muerte. Es el argumento clásico de Cesare Beccaria: si es verdad, dice, que «la soberanía y las leyes» no son más «que una suma de mínimas porciones de la libertad privada de cada uno» atribuidas al Estado para la propia defensa del pacto de convivencia, es inconcebible que alguien haya «querido nunca dejar a otros hombres el arbitrio de matarlo»[31], que, en suma, «en el más corto sacrificio de la libertad» que cada uno hace con el contrato social, pueda estar el «de la vida, el máximo entre todos los bienes»[32]. En efecto, el argumento contractualista ofrece el fundamento más sólido e irrefutable del rechazo de la pena

de muerte. «Fue pues la necesidad», añade Beccaria, «lo que obligó a los hombres a ceder parte de la propia libertad: es cierto por tanto que cada uno sólo quiere colocar en el público depósito la mínima porción posible, la indispensable para inducir a los demás a defenderlo»[33]. Así, el fundamento axiológico del rechazo de la pena de muerte se identifica con el fundamento racional del derecho mismo, identificado con la defensa de la vida por el paradigma hobbesiano[34], en los orígenes de la cultura jurídica moderna. Aquel artificio se pactó y construyó para la tutela de los hombres naturales de carne y hueso, y por tanto de su derecho natural a la vida, de modo que no puede ser contradicho en su razón de ser por la pena de muerte. Ya que la pena de muerte, escribe aún Beccaria, «es [sólo] una guerra de la nación contra un ciudadano»[35], con la que el Estado rompe el contrato social, que es esencialmente el pacto estipulado en garantía de la vida, y retrocede al estado salvaje de la guerra que es propio del estado de naturaleza.

La fuerza de este argumento reside en el hecho de que vale tanto si se parte de una concepción utilitarista como si se profesa una concepción antiutilitarista del derecho y de la pena. En el planteamiento contractualista, que Beccaria recibe de Hobbes, el argumento es claramente utilitarista desde el punto de vista del condenado, dado que conforme a él nadie puede haber puesto en «el depósito público» la vida, que es un fin respecto al derecho, instituido como medio para su tutela. Pero éste es también el principal argumento de las éticas antiutilitaristas, tanto de tipo cristiano como de inspiración laica. Piénsese, de una parte, en el valor de la persona y en la sacralidad de la vida, y por ello en el mandamiento incondicionado «no matarás» de la ética religiosa. Y de otra, en la concepción kantiana de la persona como fin y nunca como un medio para fines que no son suyos[36]. Es cierto que Kant, favorable como Hobbes a la pena de muerte, si bien con apoyo en una concepción puramente retribucionista del derecho penal, usó precisamente este argumento contra la concepción utilitarista de la pena en general[37]. Pero es claro que la idea de la persona como fin y no como medio para fines ajenos es un argumento antiutilitarista, cabe decir «absoluto», contra cualquier justificación de la pena de muerte, relativa o absoluta, como medio de prevención o como fin en sí misma. Es tan cierto que justamente en este sentido volvió a proponerse con insistencia por Francesco Carrara: «La ley natural no tolera que el hombre haga del cuerpo de otro hombre un *instrumento* para sus fines»[38]; «es repugnante que la ley conservadora permita la *destrucción* del ser a cuya conservación está dirigida; la ley entraría en contradicción consigo misma. De este modo, la pena de muerte se rechaza no por cálculos coyunturales, sino en virtud de un principio absoluto, del principio mismo que legitima la punición»[39]. En suma, ninguna utilidad social puede justificar la supresión de una persona, en virtud de la máxima kantiana según la cual cada persona es un fin en sí misma y ninguna puede ser tratada como medio para fines ajenos.

Es interesante subrayar el paralelismo y la convergencia entre el planteamiento utilitarista de Beccaria y el antiutilitarista de Carrara. Puede decirse que Beccaria es a Hobbes lo que Carrara es a Kant. Tanto Hobbes como Kant justificaron la pena de muerte. Y, sin embargo, es precisamente de sus tesis de filosofía moral y política, aunque opuestas —unas contractualistas y utilitaristas, anticontractualistas y categóricas las otras— de donde Beccaria y Carrara, respectivamente, derivaron por lógica la insostenibilidad de la pena de muerte. Esto depende del carácter de «fin» que tanto Hobbes como Kant asocian a las personas humanas de carne y hueso. Hobbes a través de la identificación del gran Leviatán como «hombre artificial» «creado» para «defender y proteger» al hombre «natural»; Kant mediante la concepción de la persona humana como fin en sí misma que no puede ser tratada como medio para fines que no son suyos. Por lo demás, es significativo que Kant haya recogido, precisamente, del utilitarista Beccaria la bella máxima según la cual una persona jamás debe ser tratada como «cosa»[40]. En suma, existe una total convergencia entre los dos planteamientos en la identificación de la persona y de la vida humana como fundamentos axiológicos —poco importa si categóricos o utilitaristas— del rechazo de la pena de muerte y a la vez del derecho en su totalidad y del Estado, entendidos no como valores en sí, sino como instrumentos para el fin exterior a ellos de la tutela de los seres humanos —de su derecho a la vida, pero más en general de todos sus derechos fundamentales— como valores intrínsecos y fines últimos.

Así pues, el fundamento filosófico del rechazo de la pena de muerte es un fundamento absoluto, que se identifica con el propio fundamento ético-político del derecho y del Estado y, en general, de la convivencia civil. La aproximación utilitarista al asunto resulta, sin embargo, iluminadora, dado que permite desvelar, junto a la ineficacia disuasoria de la pena de muerte, su intrínseca inmoralidad, es decir, los sentimientos y las emociones inmorales que la sustentan y que hacen de ella, por su premeditada y burocrática organización y por el ritual macabro que la acompaña, un *crimen contra la humanidad*, más inmundo y feroz que cualquier homicidio. En efecto, si reconocemos que la pena de muerte —como demuestran las comparaciones estadísticas entre el número de los delitos antes y después de su supresión en un mismo país, así como el número de delitos cometidos en los países en que existe tal pena y en los que no existe[41]— carece de eficacia disuasoria sobre los delitos, y, por el contrario, va acompañada de un incremento de éstos, tendremos que admitir que la única razón plausible de su mantenimiento es el deseo de venganza, conforme al esquema del talión. «Sólo el sentimiento de la venganza», escribe Carrara, «puede hacer que se considere justo y bueno irrogar al culpable tanto mal como el mismo causó a su víctima»[42]. Por lo demás, hay un círculo vicioso y perverso que actúa en apoyo de la pena de muerte en países democráticos como los Estados Unidos: tal sentimiento de venganza no sólo es mayoritario en la sociedad, sino

que por ello es acogido por la clase política. En suma, la demanda de venganza presente en la sociedad genera en el plano político la respuesta de la venganza, bajo la forma de pena de muerte, que a su vez legitima, secunda y alimenta la sed de venganza.

Por otro lado, es precisamente este carácter inmundo de la pena de muerte lo que explica su naturaleza criminógena, claramente conexa con la devaluación pública y oficial de la vida que con ella ofrece el Estado, según escribió Beccaria, «por el ejemplo de atrocidad que ofrece a los hombres»[43]. Éste es un ulterior aspecto irracional de la pena de muerte que confirma su intrínseca inmoralidad, por la corrupción moral y la degradación del valor de la vida humana en el sentir común, generadas por el espectáculo del homicidio premeditado y organizado «con estudio y con formalidad»[44] en que consiste y que ella misma pone en escena. «Me parece un absurdo», escribe Beccaria, «que las leyes, que son la expresión de la voluntad pública, que abominan y castigan el homicidio, cometan uno ellas mismas, y para apartar a los ciudadanos del asesinato ordenen un asesinato público»[45]. «Soy abolicionista», añade Carrara, «porque siento piedad del pueblo que se corrompe con el asesinato jurídico»[46].

Se revela así una condición esencial de la función de prevención de la pena, sobre la que volveré en el § 16.6, la de su asimetría con respecto al delito. Precisamente en esta asimetría consiste el secreto de la eficacia de la pena, su función deslegitimadora y estigmatizadora, en virtud de la cual el Estado no se rebaja al nivel del crimen, no lo calca, no lo reproduce, y por eso lo aísla y desactiva como fenómeno desviado y criminal. Afortunadamente, esta conciencia, junto al rechazo moral de la pena de muerte, está desarrollándose de manera progresiva. La pena de muerte ha sido ya abolida en un número creciente de países, entre ellos todos los europeos[47]. Además, la Unión Europea pretende su abolición por parte de los países que, como Turquía, piden el ingreso en ella. En fin, ha sido excluida tanto de la Carta Europea de Derechos Fundamentales como del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Pero, como veremos, son muchas otras las implicaciones que deben extraerse de la aceptación de la tutela de la vida como fundamento filosófico del rechazo de la pena de muerte y, a la vez, del artificio jurídico y político en su conjunto: desde la garantía de los derechos sociales a los mínimos vitales hasta la prohibición de las armas como bienes ilícitos puesto que tienen como único destino matar, y hasta la incompatibilidad entre guerra y derecho. Tanto que, según el paradigma hobbesiano, puede muy bien considerarse el derecho a la vida y a la supervivencia como la principal fuente de legitimación del derecho y de las instituciones políticas, tanto estatales como internacionales, y las lesiones de tales derechos como sus principales fuentes de deslegitimación.

15.5. *BC) La libertad personal. Cuatro figuras de* habeas corpus

La tercera clase de inmunidades fundamentales requeridas por el principio de lesividad y por el papel garantista del derecho es la de los derechos de *libertad personal*. Distinguiré cuatro tipos diversos de libertad personal y otros tantos tipos de violaciones. Que tienen en común su nexo con el cuerpo, pues consisten en la inmunidad de éste, en su intangibilidad y salvaguarda frente a constricciones, privaciones o prácticas heterónomas, según la antigua fórmula del *habeas corpus*[48].

La primera, elemental, libertad personal es la exclusión de la esclavitud. Se trata de un corolario del *status personae*, en virtud del cual las personas son sujetos, y no cosas ni objeto de derecho o de derechos (P5, T7.18, T7.3, T3.7)[49]. En el § 14.20, he hablado ya de la sustracción al mercado de órganos o partes del cuerpo humano, como bienes personalísimos e indisponibles que son. Pero la figura clásica y extrema de reducción del ser humano a cosa es, precisamente, la esclavitud, consistente en la propiedad privada de una persona, o, en cualquier caso, en el dominio de su cuerpo y contra su voluntad, por parte de otra persona[50]. En este sentido, la esclavitud como estatus jurídico ya ha sido suprimida en el plano del derecho positivo en todo el mundo y prohibida, como delito, por numerosas convenciones internacionales[51]. Pero durante mucho tiempo, incluso en la Edad Moderna, sobrevivió como principal factor de la economía colonial, calculándose que durante tres siglos, a partir de finales del siglo XVI, fueron deportados a América desde las costas africanas no menos de 50 millones de personas. Además, después de su desaparición, por ejemplo en los Estados Unidos, la esclavitud dejó el puesto a duras formas de *apartheid* y de segregación racial en el Sur y de confinamiento en guetos y discriminación en el Norte, hasta las actuales formas de encarcelamiento masivo[52].

Por otra parte, de hecho, la esclavitud no ha llegado a desaparecer de manera efectiva. Se calcula que todavía hoy existen en el mundo 27 millones de personas cuya condición corresponde, incluso formalmente, a la definición de esclavitud de la Convención de Ginebra de 1927. Además, el fenómeno vuelve a comparecer bajo nuevas formas, ilegales y ocultas, cuyo confín con las prácticas extremas de sometimiento y explotación es siempre incierto[53]. Su modalidad más difusa es la del trabajo forzado y servil, presente en los países más pobres —Sudán, Mauritania y gran parte de África, Brasil, Pakistán, China, India, Tailandia, Malasia— y, a veces, también en países ricos, donde se oculta bajo los pliegues del trabajo negro y coactivo de los inmigrantes clandestinos, cuya explotación resulta facilitada por su debilidad económica, social, cultural y sobre todo jurídica, ligada a sus condiciones materiales de no-personas. Pero también cabe reconocer una esclavitud de hecho en las formas serviles de prostitución coactiva o de acuartelamiento forzoso y organizado, de las que, de nuevo, son víctimas privilegiadas los inmigrantes irregulares, menores y mujeres; sin contar los millones de trabajadores

explotados sin límites de horario ni otras garantías en el marco de la deslocalización de las producciones en países en los que los salarios son retribuidos en centésimas de dólar por hora.

Es claro que en todos estos casos, más allá de las garantías secundarias aseguradas por el castigo de la reducción a esclavitud como crimen, las garantías primarias de la libertad lesionada que sería necesario introducir o reforzar son las dirigidas a garantizar la igualdad de las personas, su libertad de circulación, así como sus derechos sociales y laborales, en síntesis, todos los demás derechos vitales que concurren a definir la dignidad de la persona. Por ello sólo pueden ser aseguradas mediante políticas sociales idóneas para suprimir las causas de tales fenómenos, comenzando por las actuales legislaciones contra la emigración, las discriminaciones de las que hoy son víctimas los emigrantes, la creciente precarización del trabajo, la total anomia de las relaciones laborales en el derecho privado internacional. Así, se confirma nuevamente la naturaleza de contrapoderes de todos los derechos fundamentales, como otros tantos factores de fuerza, y no sólo de identidad y dignidad de las personas. Y es que las posibles víctimas de formas de sujeción que pueden desembocar en verdaderas condiciones de servidumbre son sólo los sujetos más débiles —niños, inmigrantes clandestinos, mujeres sin instrucción ni independencia económica—, en cuanto carentes de derechos y garantías.

Una segunda forma de *habeas corpus* es la inmunidad frente a torturas así como frente a penas corporales. Tampoco en este caso se trata sólo de un problema teórico, perteneciente a la tradición clásica del garantismo penal, propia del siglo XVIII, sino de una cuestión dramáticamente abierta por las innumerables denuncias de sevicias sobre detenidos y presos que se producen también en países de democracia avanzada[54]. Como se verá en el § 16.12, los casos que causan más desazón son los horrores practicados en las cárceles americanas de Guantánamo y de Abu Grhaib, que van desde las mortificaciones morales y sexuales hasta la privación del sueño, de la aplicación de electrodos al lanzamiento de perros contra cuerpos desnudos e inermes y hasta la muerte a causa de los malos tratos dispensados a decenas de encarcelados. Estas revelaciones han venido a mostrar cómo las torturas no son fenómenos aislados, imprevistos e imprevisibles, sino el fruto de directivas explícitas, incluso codificadas en manuales *ad hoc* y hechas posibles merced al total desprecio por el derecho y la persona y por la lógica de guerra que ha informado en estos años la política exterior de Estados Unidos. Pero hay que recordar también los malos tratos, lesiones gravísimas y vejaciones policiales infligidos en Nápoles y en Génova, en 2001, a jóvenes manifestantes ilícitamente detenidos[55].

Estas violencias abyectas, que ofenden a la dignidad de la persona y más aún a la de las instituciones públicas, resultan alimentadas sobre todo por su impunidad, consecuencia a su vez de su más o menos tácita legitimación política y cultural. En Estados Unidos se ha abierto incluso

un debate teórico sobre la admisibilidad en principio de la tortura, naturalmente en casos «excepcionales», como el representado por la necesidad de obtener informaciones vitales de un terrorista del que «se sabe» que tiene conocimiento de futuros, gravísimos atentados[56]. Obviamente los casos de libro son siempre «excepcionales», a diferencia de los casos prácticos, en los que no «sabemos» nada, y la tortura, una vez legitimada excepcionalmente, tiene el riesgo de convertirse en una práctica ordinaria para extraer confesiones. Precisamente por esto, para no permitir derogaciones del principio, las «excepciones» han sido excluidas del derecho como causas de justificación de la tortura. «En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura», dice el artículo 2.2 de la Convención contra la tortura, de 10 de diciembre de 1984. Y «no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o una autoridad pública» con ese fin, se lee en el párrafo siguiente del mismo artículo.

Reafirmar en el debate público y en el sentir común el carácter siempre y en todo caso criminal de la tortura, frente a las cesiones demagógicas del derecho y de la razón, constituye, pues, la primera defensa de nuestra cultura jurídica. Con este fin, por la permanente interacción que siempre existe entre derecho y sentir común, contra la repetición de estas prácticas vergonzosas —cuya «cifra negra» va mucho más allá de las abiertas denuncias, por el efecto disuasorio del riesgo de ser perseguidos por calumnia que corren los denunciantes— son esenciales algunas elementales garantías penales y procesales. La primera es una específica estigmatización y castigo como delito de tortura de cualquier acto que consista en «infligir intencionalmente graves dolores o sufrimientos, físicos o mentales, a una persona sobre la que se ejerza custodia o control»[57], según la definición del artículo 7.2 *e*) del Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998. En Italia, por ejemplo, falta esta elemental garantía primaria negativa, por lo que, en los casos de tortura, se aplican figuras de delito del todo desproporcionadas, como el genérico «abuso de autoridad» previsto en el artículo 608 del Código Penal, o los comunes maltratos físicos y lesiones, que cuando son leves se persiguen sólo a instancia de parte, lo que contradice la indisponibilidad de los derechos y la naturaleza pública de los intereses afectados. Se trata de una laguna inadmisible, no sólo denunciable en el plano teórico, como violación del *principium iuris tantum* de la correlación entre derechos fundamentales y garantías (T10.259, T10.261 y T12.132), sino también, en el plano dogmático, como incumplimiento del *principium iuris et in iure* del explícito deber de prohibir y castigar establecido por claras y específicas normas constitucionales. Por lo común, en materia penal, las constituciones sólo establecen límites para la potestad punitiva del legislador, en garantía negativa de los derechos de libertad de las personas. La tortura es una excepción. En efecto, en Italia, la garantía positiva de la obligación de castigarla como

delito viene impuesta por el artículo 13.4 de la Constitución, según el cual «está penado todo acto de violencia física o moral sobre personas sometidas a restricciones de libertad». Además, la imponen numerosas normas de derecho internacional, que no se limitan a prohibir la tortura, sino que también prescriben su previsión y la punición como crimen en el derecho interno de los Estados: «Todo Estado parte», dice el artículo 2 de la ya recordada Convención contra la tortura, de 10 de diciembre de 1984, «tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción»[58]. Hay que añadir que la tortura está contemplada como crimen contra la humanidad en el artículo 7 *f*) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuya competencia está prevista en el artículo 1 como «complementaria de las jurisdicciones penales nacionales» y por ello intervendrá donde las mismas falten o no actúen. Por lo demás, en pocas materias como en ésta la estigmatización penal tiene un valor performativo del sentir común y de la deontología profesional de las fuerzas de policía. Llamar a las torturas por su nombre y castigarlas adecuadamente y no como simples «abusos» o «lesiones», no significa sólo someterlas a los fines generales de prevención del derecho penal. Significa, antes aun, admitir su existencia, remover la mala conciencia del legislador, de los jueces, de la opinión pública, que no están dispuestos a reconocerla, estimular el horror ante la misma y su rechazo como vergüenza indigna de un país civilizado y ofrecer, al menos, un resarcimiento moral a los torturados.

Hay un segundo orden de garantías, de carácter procesal, que habría que introducir. Para excluir o, al menos, para reducir la posibilidad material de la tortura son necesarias dos condiciones: de un lado, una más rígida limitación de los poderes de detención de la policía, en cuanto a los presupuestos de su ejercicio y a la duración de la situación; de otro, la prohibición de que el detenido sea interrogado por agentes policiales en vez de por magistrados o fiscales, y, especialmente, sin presencia de un defensor. Más en general, es necesario excluir cualquier posible contacto asimétrico y sobre todo secreto entre detenidos e investigadores. Porque, en efecto, la restricción de la libertad personal sin garantías de defensa ni controles jurisdiccionales ofrece el lugar y la ocasión privilegiados para la tortura, o, en todo caso, para el ejercicio de actos violentos sobre las personas arrestadas. Por eso, las principales garantías contra tales abusos son las constituidas por la reducción de la duración de la detención policial al tiempo estrictamente necesario para el primer interrogatorio judicial; por la prohibición legal de utilizar en juicio, como prueba ilícita, cualquier testimonio o confesión realizado ante la policía o en ausencia del defensor; en fin, por la máxima transparencia de cualquier contacto entre detenidos e instructores, ya sean agentes de la policía, judiciales o del ministerio público. Gracias a estas garantías, el cuerpo de una persona privada de libertad debería convertirse en algo sagrado e intangible para el encargado de su custodia.

Se llega así al tercer tipo de libertad personal, la que corresponde a la clásica garantía del *habeas corpus* frente a arrestos o detenciones arbitrarias. A diferencia de las otras inmunidades fundamentales de las que he hablado hasta ahora, que en principio son derechos ilimitados o no limitables sino sólo violados o violables de hecho, este tipo de libertad es objeto de las privaciones penales y procesales previstas por la ley y aplicadas o, al menos, convalidadas por el juez. Volveré sobre ellas en los §§ 15.10-15.16, dedicados al paradigma del derecho penal mínimo, es decir, de un modelo penal garantista alternativo al actual crecimiento exponencial de la segregación carcelaria. Ahora me limitaré a señalar que la minimización de las restricciones de la libertad personal viene impuesta por el valor constitucional de tal inmunidad como derecho fundamental. De aquí la necesidad no sólo de una drástica superación de la actual centralidad de la pena de privación de libertad, sino también de una drástica restricción de los presupuestos de la privación cautelar de libertad, que, según ya he dicho, deberían quedar limitados en exclusiva al riesgo de contaminación de las pruebas y por el tiempo estrictamente necesario para el primer interrogatorio[59].

Por desgracia, las tendencias en curso de las legislaciones penales y procesales indican una constante exasperación de las medidas restrictivas de la libertad personal por el efecto conjunto de las campañas de seguridad y contra las emergencias terroristas y de las graves discriminaciones de tipo clasista y racista que informan la legislación y la práctica penal y procesal. Basta pensar en el aumento exponencial de la población carcelaria en Estados Unidos, que en estos años ha superado los dos millones y medio de personas; en las legislaciones penales estadounidense e inglesa sobre los desmesurados poderes de detención de personas sospechosas; en el internamiento abusivo en los llamados «centros de permanencia temporal» a que se somete en Italia a los inmigrantes irregulares, en contra de lo que dispone el artículo 13 de la Constitución.

Existe un cuarto tipo de libertad-inmunidad hoy también amenazada todavía. Es la libertad femenina consistente en la inmunidad frente a coerciones y violaciones del cuerpo de las mujeres. Como ha puesto de manifiesto una ya vasta literatura, el cuerpo de las mujeres, de manera distinta a lo que sucede con el de los hombres, ha sido siempre un campo de conflictos, intervenciones y discursos públicos —jurídicos, éticos, políticos— así como de prácticas médicas, directivas pedagógicas, reglas, disciplinas y controles[60]. Dicho brevemente, ha sido y en muchos países es todavía objeto de derecho y de derechos ajenos, como cuerpo no autónomo, sino sometido a poderes heterónomos: maritales, jurídicos, morales, religiosos, sanitarios. Este nexo estrechísimo entre libertad y cuerpo es el rasgo característico de la libertad femenina, que ha constituido el objeto privilegiado de la reflexión feminista de estos años. En efecto, esta libertad es siempre, directa o indirectamente, una libertad del cuerpo como presupuesto de cualquier otra libertad o autonomía; ya se trate de la libertad sexual, es decir, de la inmunidad del cuerpo de

la mujer frente a abusos, violencias, molestias, mutilaciones genitales o servidumbres conyugales, o bien de la autodeterminación de la maternidad, en el doble sentido de su libre recurso a la procreación asistida y de la no constricción a embarazos forzados.

En todos los supuestos, esta libertad es esencialmente una *libertad frente a*, antes que una *libertad de*. Mejor dicho, es una 'libertad de' en la medida en que sea, antes, una 'libertad frente a'. Por ejemplo, la *autodeterminación de la maternidad* es, en positivo, la libertad de decidir y después de renunciar a la fecundación asistida sin sufrir, en el primer caso, la implantación de más embriones o, peor aún, en el segundo, la implantación forzosa de éstos[61]. Y en negativo, como se dijo en los §§ 7.3 y 14.16, antes todavía que una libertad-facultad de abortar, una libertad-inmunidad frente a la constricción física —una suerte de *corvée* y de servidumbre personal— representada por la obligación de la mujer de convertirse en madre, sancionada penalmente en muchos países, y por la instrumentalización de su cuerpo para un fin no propio porque no querido por ella[62]. En pocas palabras, consiste en una libertad del cuerpo, en el sentido de la famosa tesis de Mill sobre la soberanía de cada uno, no sólo sobre la mente, sino también sobre el propio cuerpo, y de la máxima kantiana según la cual ningún ser humano puede recibir el trato de instrumento para fines ajenos. Ya que en las cuestiones relacionadas con la maternidad y la diferencia sexual, el cuerpo femenino ha sido tratado ampliamente, y en parte sigue siéndolo, como una «cosa», «objeto», más que sujeto de derecho y de derechos. Por eso la afirmación de la libertad femenina ha sido en el pasado, y continúa siendo hoy, una lucha de liberación de los cuerpos de las mujeres.

Por lo demás, haber sacado a la luz este elemento de fondo que es la intangibilidad del cuerpo humano, presupuesto de todas las libertades, constituye una de las contribuciones más importantes del pensamiento feminista a la teoría de la libertad. Este presupuesto material, corpóreo, de la libertad ha sido largo tiempo descuidado por la filosofía jurídica y política moderna, al darlo por descontado, como un dato definitivamente adquirido, después de la abolición jurídica de la esclavitud, la tortura, las penas corporales y las *corvées* personales. En la reflexión politológica y en la filosofía jurídica tuvieron entrada, en primer lugar, las libertades civiles y las libertades políticas, todas 'libertades de', como la libertad de prensa, la de reunión o asociación, los derechos políticos de voto y participación en la vida pública y las libertades económicas de iniciativa privada y de cambio. El pensamiento feminista, al evidenciar el nexo entre libertad femenina y cuerpo de las mujeres, indujo a reconsiderar el tema de las libertades y a descubrir ese nexo que había pasado desapercibido al pensamiento liberal. Precisamente, este nexo entre libertad y cuerpo, este fundamento físico y material de la libertad y de la igualdad, resulta hoy brutalmente replanteado, como condición previa y en absoluto descontada de la efectividad de cualquier derecho, por las nuevas y multiformes agresiones a la libertad personal, la integridad física y la

libertad de emigrar y de sobrevivir, unidas por la creciente desvalorización de los cuerpos excedentes y superfluos. Y es de la refundación de la democracia constitucional sobre nuevas garantías, a la altura de las siempre nuevas y múltiples agresiones a la inmunidad de los cuerpos —torturas, servidumbres forzadas sobre todo de mujeres y niños, detenciones arbitrarias, pero también enfermedades, hambre y sed de las que mueren cada año millones de seres humanos—, de lo que depende el futuro de las libertades, tanto como el de nuestras democracias.

15.6. *BD*) *El derecho a la intimidad y las tecnologías informáticas*

Una cuarta clase de libertades-inmunidad fundamentales es la de los derechos a la *privacy* o intimidad[63]. Tradicionalmente, en sus formulaciones constitucionales clásicas[64], este derecho era concebido sobre todo como derecho a la inviolabilidad, frente a invasiones o intromisiones externas, de los espacios íntimos de la vida privada, tales como la morada, los demás ámbitos de vida y de trabajo, la correspondencia. Era, según una célebre definición, el «derecho a ser dejado solo»[65], como corolario de la libertad de conciencia y de la libertad personal. Las garantías primarias previstas para su tutela —aparte de la tipificación como delitos de las violaciones del domicilio y la correspondencia y de las demás intrusiones ilícitas en la vida privada[66]— consistían esencialmente en una serie de límites impuestos a los poderes públicos, comenzando por los de policía, como las prohibiciones de realizar registros personales o domiciliarios, interceptaciones de las comunicaciones y similares, sin mandato de la autoridad judicial. A las mismas, por ejemplo en Italia, se añadieron en los años sesenta y setenta las garantías contra las injerencias de los patronos en la esfera privada de los trabajadores con fines de discriminación o control disciplinario, como, según he recordado en el § 15.3, las prohibiciones no sólo de investigar sobre las opiniones políticas, sindicales o religiosas de los trabajadores (art. 8), sino también de indagar sobre su salud (art. 5) o de emplear sistemas audiovisuales u otra clase de equipos con fines de control a distancia de sus actividades (art. 4), impuestas por la ley 300/1970[67].

El extraordinario desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, si por un lado ha abierto un espacio inmenso al ejercicio, vía internet, de todas las clásicas libertades activas —de palabra, pero también de reunión y asociación—, por otro ha ampliado en la misma medida las posibilidades de invasión de la vida privada y de acceso a noticias y datos personales. Así se ha desarrollado un nuevo poder, el poder informático, que gracias a tales adelantos pone a disposición de sujetos públicos y privados —tanto del Estado como del mercado— instrumentos de un control total que ni siquiera los viejos totalitarismos habrían podido realizar. Sistemas de captación fotográfica y televisiva de amplísimo radio, informaciones telemáticas, ficheros,

bancos de datos personales utilizables por cualquiera y con los fines más diversos. Es como se perfila el peligro de una sociedad panóptica, frente a la que corren el riesgo de resultar impotentes las clásicas garantías de la intimidad.

Las formas de agresión a la *privacy* que hacen posibles estos nuevos instrumentos, incomparables con las del pasado por su extensión y capacidad invasiva, son esencialmente de dos tipos, uno dirigido a la vigilancia y al control, el otro a la información sobre la vida y la identidad de las personas. Hoy, gracias al enorme desarrollo de las técnicas de control audiovisual y electrónico, resulta posible un espionaje mundial que puede afectar, y en gran medida ya afecta, a todos los seres humanos del planeta. Instalaciones de videovigilancia, identificaciones fotográficas automáticas por satélite, instrumentos de reconocimiento facial, etiquetas de las llamadas «inteligentes», susceptibles de colocarse en cualquier objeto o mercancía y, por otra parte, las interceptaciones de comunicaciones telefónicas y telemáticas así como del rastro dejado por el empleo de teléfonos móviles, de tarjetas de crédito, telepeajes, tarjetas y documentos de identidad electrónicos, permiten hoy un panoptismo global capaz de controlar cualquier comportamiento o movimiento. A propósito del sistema de recogida de datos Echelon y de la integración de las agencias de espionaje electrónico de los países más poderosos, Danilo Zolo ha hablado de un «globalismo cibernético capaz de poner al mundo en red, es decir, de envolverlo en una tupida trama de conexiones informativas y comunicativas, sin excluir las redes de vigilancia y espionaje cibernético por satélite, con fines tanto industriales como militares y de represión de la criminalidad interna e internacional»[68].

No menos penetrante es la agresión a la *privacy* generada por las nuevas tecnologías de la información. Piénsese en los inmensos archivos de datos personales que cabe recoger de cada individuo en relación con su biografía, vida privada, patrimonio, opiniones, lugares frecuentados y demás connotaciones identitarias. Pero, sobre todo, en la utilización de las informaciones acerca de las condiciones de salud de las personas, e incluso de sus datos genéticos, que puede hacerse a efectos de la contratación laboral y de la promoción en el marco de las relaciones de trabajo, para la concesión de préstamos a largo plazo, al suscribir seguros, y, en general, en todas las relaciones —económicas, sociales y familiares— de la vida civil. Hoy, en particular, gracias al desarrollo de la medicina predictiva, es ya posible, y lo será todavía más en el futuro, predecir con muchos decenios de antelación, a partir de los códigos genéticos y del análisis del ADN, el riesgo y a veces la casi certeza del padecimiento de graves enfermedades e incluso la duración de la vida. Se trata de conocimientos vitales, cuya posesión sólo puede provocar un incremento de las asimetrías de poder en todas las relaciones sociales, en desventaja sobre todo de los sujetos más débiles[69].

Es así como las nuevas tecnologías informáticas se están transformando en una nueva tecnología del poder; del poder político, pero tam-

bién de los poderes económicos, a los que proporcionan nuevos y potentísimos instrumentos de control y de dominio. Ciertamente, representan una amenaza tanto para la libertad como para la igualdad.

En primer lugar, está en peligro la libertad en la vida privada de las personas. El modelo normativo del estado liberal de derecho, que exige transparencia al Estado y a la esfera pública y garantiza opacidad e intimidad a los ciudadanos y a su esfera privada, se está transformando en su opuesto, el que corresponde a las aspiraciones de cualquier régimen autoritario: secreto y opacidad del Estado, transparencia y constante visibilidad de los ciudadanos. En Estados Unidos, tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, fue aprobado el *Total Information Awareness*, después transformado en *Multistate Anti-terrorism Information Exchange (Matrix)*, que es un gigantesco banco de datos dirigido, mediante la integración de las bases de datos de varios Estados, a recoger informaciones personales sobre todos los ciudadanos estadounidenses y, virtualmente, sobre todos los habitantes del planeta, con el fin de investigar «comportamientos sospechosos». En nombre de las razones de la seguridad frente a los enemigos internos y externos, se han incrementado en gran parte del mundo la opacidad de las instituciones públicas y el control capilar sobre los individuos.

En segundo lugar, las nuevas técnicas de acopio y clasificación de datos personales pueden producir un desarrollo exponencial de las desigualdades. David Lyon ha hablado de ellas como de un nuevo sistema de «clasificación social»[70], capaz de dar vida a una nueva estratificación y división de la sociedad en categorías, clases o tipos —procesados, desviados, sospechosos, disidentes, investigados, enfermos— y a nuevas prácticas selectivas y discriminatorias. En efecto, pues la formación o el acceso y la disponibilidad, por parte de la policía o de las empresas, de grandes bancos de datos sobre cada individuo, incluidos, tal vez, sus datos genéticos y sanitarios, comprendidas las anomalías y posibles prognosis infaustas, está destinada no sólo a operar, en el plano económico y social, como un nuevo factor de discriminaciones, poniendo en riesgo puestos de trabajo y sistemas de previsión, sino también a generar una nueva antropología de la desigualdad, en el plano cultural y en el sentir común.

Así pues, en el terreno de las lesiones a la *privacy*, es previsible el desarrollo de un Estado de policía planetario y, a la vez, de un registro global de los «sospechosos» y de los «diferentes». En apoyo de estos procesos involutivos se invocan las razones, ciertamente fundadas, de la seguridad frente a los peligros internos de la criminalidad y a los externos del terrorismo. Sin embargo, un sistema de vigilancia total e ilimitada, extendido a la generalidad de los ciudadanos, no solamente reduce las libertades de todos sino que conlleva el fuerte riesgo de deterioro del tejido de las relaciones sociales, que es el principal antídoto frente a la inseguridad. Al transformar a cada ciudadano en una persona sospechosa, produce el efecto de degradar el sentido cívico y alimentar miedos, inseguridad y desconfianzas, tanto en relación con los demás vigilados

como con los posibles y ocultos vigilantes. En pocas palabras, existe el riesgo de un colapso de las bases sociales y culturales de todo el paradigma de la democracia liberal.

Frente a estas involuciones autoritarias y para tutelar esa expansión del cuerpo físico de la persona representada por las informaciones sobre su identidad, a las que Stefano Rodotà se ha referido como «cuerpo electrónico»[71], se han introducido y pueden ser progresivamente reforzadas y elaboradas múltiples garantías, como la prohibición de bancos centralizados en los que se concentren todas las informaciones relativas a cada persona; la prohibición de acopio de datos generalizados e indiscriminados; la prohibición a los particulares de recoger y tratar datos personales sin conocimiento de los interesados, y, más aún, de disponer de ellos; la prohibición de obtener informaciones sobre las personas sin su consentimiento; la prohibición de utilizar como pruebas informaciones ilícitamente obtenidas; el derecho de toda persona a acceder a los datos que le conciernan, donde quiera que se hallen, y de controlar el uso que se haga de ellos; sanciones civiles y penales, incluso de naturaleza interdictiva, por el incumplimiento de tales deberes; acciones inhibitorias y por ello preventivas de las discriminaciones y otros efectos semejantes. Además, se ha creado instituciones públicas de garantía, como, en el caso de Italia, la Autoridad garante para la protección de datos personales, instituida, junto con un articulado sistema de garantías, por la ley 657/1996, de 31 de diciembre, modificada por el decreto legislativo 196/2003, de 30 de junio, que entró en vigor el 1 de enero de 2004. El artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión prevé una «autoridad independiente» análoga a escala europea, a la vez que establece, además, que «todo individuo tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le afectan», así como el «de acceder a los datos recogidos» y a «obtener su rectificación».

Sin embargo, se trata de defensas fácilmente eludibles, insuficientes para alejar la perspectiva de una «sociedad de la vigilancia» y para desmentir las previsiones de cuantos han pronosticado «el final de la *privacy*»[72]. Estas amenazas provienen, más que de las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, de la falta de disposición de los grandes poderes políticos y económicos a renunciar o incluso a poner frenos eficaces a su utilización. Provienen, sobre todo —basta pensar en las medidas de la Administración estadounidense, ya recordadas— de los poderes políticos de gobierno, mucho más dispuestos a destruir que a reforzar las ya débiles garantías existentes, aunque sólo sea porque las campañas sobre seguridad y el miedo que alimentan se han revelado como un potente recurso para la producción de consenso. En segundo lugar, provienen de las grandes empresas comerciales, con idéntica falta de disposición a renunciar al poder informático resultante de los bancos de datos sobre las preferencias, hábitos, relaciones y condiciones de vida de millones de personas, para los fines de sus estudios y estrategias de mercado. Frente a estas amenazas no bastan las garantías normativas.

Es necesario promover, mediante incentivos adecuados, el desarrollo tecnológico de nuevas y más eficaces formas de protección material de nuestro «cuerpo electrónico». Pero sólo un crecimiento de la conciencia de los peligros que para las libertades y la democracia pueden derivarse de tales invasiones, es capaz de asegurar, con la lucha por los derechos, la autotutela de los datos personales por parte de cada uno y con ello la efectividad de sus garantías y de las correspondientes instituciones de garantía.

15.7. *C*) *Las libertades políticas fundamentales: CA*) *La libertad de manifestación del pensamiento y la propiedad de los medios de información*

Según la definición D11.15 aquí estipulada, en los derechos fundamentales de libertad se distinguen dos grandes clases: las *libertades frente a*, consistentes *sólo* en expectativas de no lesión (D11.12, T11.56), de las que he hablado en los §§ 15.3-15.6, y las *libertades de*, consistentes *no sólo* en expectativas de no lesión *sino también* en facultades (D11.13, T11.57), como la libertad de manifestación del pensamiento, la libertad de reunión, la libertad de asociación y la libertad de circulación. Son libertades activas, a las que puede llamarse *libertades políticas*. Forman un presupuesto esencial de la democracia política, es decir, del ejercicio de los derechos políticos, el cual supone, de un lado, la formación de opiniones políticas y de una opinión pública que sólo puede provenir de la libre expresión del pensamiento, del debate público y de una información independiente, y, de otro, la organización de los ciudadanos en partidos y sindicatos y el desarrollo de movimientos de opinión y de oposición. A la inversa, la desinformación, la pasividad, la apatía y la indiferencia política resultantes de la renuncia o de las dificultades interpuestas al ejercicio de tales libertades, y por ello de su inefectividad, son otros tantos factores de debilitamiento y deterioro de la democracia. En este sentido, los derechos de libertad activa son los verdaderos contrapoderes sociales, en ausencia de los cuales no sólo no existe la democracia liberal, sino que ni siquiera es concebible la democracia política misma.

Por consiguiente, si por un lado las 'libertades de' o libertades-facultad presuponen las libertades negativas —en el doble sentido de que ellas mismas son también expectativas de no lesiones o impedimentos ajenos (T11.57) y de que su ejercicio no puede lesionar las libertades-inmunidad de los demás (T11.80)—, por otro lado forman a su vez el presupuesto del ejercicio consciente, y por ello de la efectividad, de los derechos de autonomía política, y también del disenso, la crítica, el pluralismo y el conflicto en los que se articula la participación política. Resulta así confirmada la jerarquía de las libertades ilustrada en los §§ 1.6, 2.4, 11.6 y 15.1. En el vértice (o si se quiere, en la base) los derechos de 'libertad frente a', como límites jurídicos y presupuestos de hecho de

todos los derechos individuales, incluidos los derechos de 'libertad de'; luego, los derechos de 'libertad de', como límites jurídicos y presupuestos de hecho de los derechos de autonomía; después, los derechos de autonomía, cuyo ejercicio no puede lesionar los derechos de libertad de los demás; en fin, las meras libertades de hecho, jurídicamente limitadas por el ejercicio directo o indirecto de los derechos de autonomía, y, al mismo tiempo, tuteladas en virtud de la máxima ciceroniana según la cual «omnes legum servi sumus uti liberi esse possumus»[73].

El primer derecho fundamental de libertad-facultad, el más clásico y elemental, es la libertad de manifestación del pensamiento, que incluye obviamente el derecho a informar y la libertad de información[74]. Del mismo modo que los demás derechos activos de libertad, no es sólo una facultad sino también una expectativa de no lesiones (T11.57). Es claro que la primera garantía de tales derechos es, por eso, la prohibición de impedimentos, represiones o limitaciones: de las censuras a los llamados delitos de opinión, hasta las diversas formas de *nihil obstat*, autorización o aprobación. Desde este punto de vista, la libertad de manifestación del pensamiento es un derecho negativo, como la libertad de conciencia y todos los demás derechos de libertad (T11.64). A su vez, además, en virtud de la jerarquía de las libertades que acaba de recordarse, tiene, como 'libertad de', el límite constitucional representado por la garantía de las inmunidades fundamentales de los demás (T11.80), y su ejercicio no puede consistir, por ejemplo, en injurias o difamaciones en perjuicio de la dignidad o reputación ajena ni en violaciones de la intimidad de otros[75].

Pero el problema más grave y más difícil que se plantea en tema de libertad de manifestación del pensamiento, y más específicamente de información, es el representado por las garantías de su ejercicio, es decir, de su dimensión activa como 'libertad de' o libertad-facultad, virtualmente abolida por los poderes económicos que consisten en la propiedad y disponibilidad de los medios de información y de manifestación y difusión del pensamiento. En efecto, el rasgo característico de esta libertad consiste en la circunstancia de que su ejercicio —ciertamente, el de más relieve social y político— se produce a través de la prensa escrita y de la televisión. Estos medios —o *media*— son bienes patrimoniales, objeto del derecho de propiedad, a su vez activado y organizado a través del derecho-poder de autonomía civil, es decir, de libre iniciativa económica. De aquí que, en ausencia de las garantías adecuadas, se producirá una inevitable y anómala limitación del derecho de libertad por obra del derecho de propiedad, tanto civil como real, ya que estos bienes tienden a resultar inaccesibles y a concentrarse en formas oligopolísticas o incluso monopolísticas, según las dinámicas del mercado.

Así resulta una privatización de la esfera pública que, en materia de prensa y televisión, se resuelve en la apropiación privada de la libertad de información. Y esta apropiación, tanto más cuando se da en manos de una fuerza política de gobierno, como ha ocurrido en Italia, constituye

una amenaza, la del control de la información, que puede ser funesta para la democracia. Se trata de un antiguo problema irresuelto, generado por una concepción propietaria de la información que, a causa de la confusión ya apuntada, concentra en un único derecho tres derechos subjetivos totalmente diversos entre sí: la libertad de información, que es un derecho de libertad; la libertad de empresa periodística, que es un derecho-poder de autonomía, y la propiedad de los medios de información, que es un derecho patrimonial real. A causa de esta confusión, que afecta a la más clásica de las libertades fundamentales, la empresa periodística o televisiva, por lo común organizada como persona jurídica, se convierte ella misma en titular también del primero de tales derechos, es decir, de la libertad de información y de expresión del pensamiento[76]; mientras que esta última se concibe, a su vez, como derecho de libre manifestación con los únicos medios de que cada uno pueda disponer personalmente[77].

Son planteamientos insostenibles en el plano teórico. Sobre todo, como ya se ha dicho, la idea de que el derecho a manifestar el propio pensamiento dependa del de libre iniciativa económica o de autonomía civil desconoce el dato de que este segundo derecho es en realidad un poder, cuyo ejercicio, aunque sólo sea porque es de grado subordinado a la ley, no puede derogar ninguno de los derechos constitucionalmente establecidos (T11.76-T11.78, T12.134). En segundo lugar, las personas artificiales no son nunca titulares de derechos fundamentales, pues sólo lo son las personas naturales (T11.3-T11.5), individualmente y de forma universal, con independencia de sus recursos económicos (D11.1, T11.8). Y esto es, si cabe, más inevitable para los derechos de libertad activa y específicamente de manifestación del pensamiento, que, como es obvio, sólo pueden ser ejercitados por las personas físicas de carne y hueso. Lo confirma la letra de gran parte de las constituciones. Así, por ejemplo, el artículo 21 de la Constitución italiana tutela la libre manifestación del «*propio*» pensamiento[78]; que no es, obviamente, el inexistente de la empresa y tampoco el del propietario, salvo en los casos en que escribe o habla a título personal en sus periódicos y televisiones. Es, simplemente, el pensamiento de quien lo manifiesta y que tiene el derecho de manifestarlo «de palabra, por escrito o mediante otro medio de difusión».

El resultado de esta singular subordinación de la libre manifestación del pensamiento al ejercicio de la libre iniciativa económica, jurídicamente insostenible, es que las críticas a las degeneraciones actuales y los intentos de remediarlas han incidido siempre —incluso en los pronunciamientos más avanzados, por ejemplo, de la Corte Constitucional italiana relativos a la concentración de los medios de información— sobre el hecho de que tal concentración viola la libre concurrencia entre cabeceras y, como consecuencia, el pluralismo de la información[79]. Por consiguiente, la ley del mercado —del mercado de la información y del consenso político, gobernado a su vez por el de la publicidad— es la

única invocada contra el monopolio y el control privado de las manifestaciones del pensamiento y de la información; como si la libertad de manifestación del pensamiento y de información fuese un corolario del principio de libre competencia. Por lo demás, la ley del mercado condiciona ya completamente la gestión de los medios de información, sin que este hecho produzca el menor escándalo. Son las reglas de la producción —los beneficios de la publicidad determinados por los índices de audiencia, la competencia no de las ideas o de la calidad de la información sino de las mercancías publicitadas, además de la cautela dirigida a prevenir demandas de responsabilidad civil— las que dictan cada vez más abiertamente los límites y las condiciones de la libertad de manifestación del pensamiento.

Es, pues, preciso interrogarse sobre esta concepción de las libertades fundamentales y la idea de democracia que la respalda. La libertad de información, ¿es una variable dependiente del mercado, o bien un principio y un derecho fundamental constitucionalmente establecido? Estado y mercado, poderes políticos y poderes económicos, ¿están vinculados a este derecho fundamental como demanda su rango constitucional o, por el contrario, pueden disponer de él a su gusto, hasta el punto de controlar y limitar su ejercicio? La defensa de esta libertad básica para la democracia, ¿pasa (sólo) por la reivindicación del pluralismo de los propietarios de los medios de información, o bien debe ser garantizada como valor, fin en sí mismo? ¿Es sólo un problema de *antitrust* o también, y antes aún, un problema autónomo de libertad y democracia? En pocas palabras: ¿la libertad de prensa y de información se identifica con la propiedad de los diarios y de las televisiones, o se distingue de ella y debe estar supraordenada en vez de subordinada a la misma?

Para aclarar los términos del problema, diré inmediatamente que la información constituye el objeto de dos derechos fundamentales distintos, ninguno de los cuales tiene nada que ver con la propiedad, ni en sentido civil ni en sentido real, si bien ambos están amenazados por ella: de un lado, la libertad *de* manifestación del pensamiento y el derecho *de* información; del otro, el derecho *a la* información. El primer derecho, enunciado en todas las constituciones modernas, es un derecho de libertad, consistente en la expectativa de no prohibiciones ni censuras o discriminaciones; el segundo, como se dijo al final del § 15.3, es en parte un aspecto de la libertad de conciencia y de pensamiento, inevitablemente lesionada por la desinformación y las informaciones manipuladas, y, en parte, como se verá en el § 15.22, es un derecho social o cuando menos, donde no sea expresamente reconocido como tal[80], un interés público, en cuanto general, consistente en la expectativa de una información independiente, tan completa y no deformada por condicionamientos interesados como sea posible. Uno es el derecho de quien pretende expresar opiniones y difundir informaciones, esencial al carácter liberal de un sistema político; el otro es el derecho o el interés público en la difusión de informaciones, y forma un presupuesto asimismo esencial de la de-

mocracia. La garantía del primero consiste en la prohibición de impedir, limitar o condicionar de cualquier modo la información. La garantía del segundo consiste en la obligación de suministrar informaciones no homologadas, a su vez garantizado por la pluralidad pero, sobre todo, por la independencia, política y económica, de cuantos expresan opiniones y producen informaciones. Los dos derechos —libertad de información y derecho a la información— pueden ser simultáneamente suprimidos o limitados de dos maneras: con la represión, es decir, con la prohibición de manifestar opiniones y de proporcionar información; o bien con la apropiación de los medios de información. El primero es el método de los regímenes abiertamente autoritarios. El segundo, el que actualmente sufrimos de la concentración económica y del control político de los *media* y que, obviamente, está en condiciones de servirse también del primero, reprimiendo, removiendo o, de cualquier forma, silenciando las voces discrepantes.

Estos dos derechos —la libertad de información y el derecho o, en todo caso, el interés público en la información, del que hablaré en concreto en el § 15.22—, aunque estructuralmente distintos tienen en común no sólo los límites y las agresiones que para ambos provienen de la concentración y del control de los medios de información, sino también sus posibles garantías, primarias y secundarias, así como las lagunas o violaciones de tales garantías, que comprometen la efectividad de uno y otro. Como se sabe, históricamente se afirmó primero la libertad de conciencia, después la de palabra y luego la de prensa. El mismo desarrollo han tenido la represión y las limitaciones de estas libertades. En las experiencias autoritarias y totalitarias se ha reprimido la misma conciencia o cuando menos, con la censura y los delitos de opinión, la libertad de prensa. Hoy, en la sociedad del mercado, la libertad de pensamiento y de prensa es algo que se da por descontado. A nadie se le impide hablar o incluso imprimir octavillas o periódicos si sus disponibilidades financieras y el mercado publicitario lo permiten. Y sin embargo, la represión y la discriminación, la censura y la autocensura, el control de las opiniones y de las informaciones pasan igualmente a través de la propiedad de los medios de información. Gracias a ésta, el pensamiento, la opinión y la información se han convertido en «mercancías», cuya «producción» se decide y gestiona por la propiedad del medio de información y está condicionada por las inserciones publicitarias: así pues, son mucho más bienes patrimoniales más que objeto de derechos fundamentales. Lo que falta es el desarrollo de técnicas de garantía de tales derechos —tanto del derecho de informar como del derecho a la información— que estén a la altura de las crecientes agresiones y limitaciones que para ambos provienen de los poderes propietarios.

Se manifiesta aquí, de la manera más visible, el equívoco teórico ya señalado que subyace a la concepción liberista de la libertad de manifestación del pensamiento. Me refiero a la confusión conceptual entre libertad de información y propiedad privada de los medios de infor-

mación, derechos fundamentales y derechos patrimoniales, derechos de libertad y derechos de autonomía. Es una confusión que desconoce la asimetría estructural entre libertad de manifestación, que es una libertad fundamental de todos, y propiedad de los *media*, que es un derecho patrimonial singular y al mismo tiempo un poder que como todos los poderes, en la lógica del estado de derecho, debería estar sujeto a la ley y sobre todo a los derechos de libertad constitucionalmente establecidos. Y no es sólo que sean dos derechos estructuralmente distintos, fundamental uno y patrimonial el otro, uno de todos y el otro *excludendi alios*. Es que el segundo, la propiedad, devora literalmente al primero, la libertad, pues, si no se le somete a los límites fundamentales que ésta requiere, equivaldrá a la sola libertad de los propietarios; más aún, en situaciones de monopolio, a la sola libertad del propietario.

En suma, con la llegada de la televisión y con sus actuales formas de concentración y de homologación ha emergido una aporía que estaba ya presente en la información por medio de la prensa. Un poder, el poder empresarial, viene a superponerse y a coincidir con un derecho de libertad, la libertad de prensa, de opinión y de información, y con ello a englobarlo y a aplastarlo. Así, los derechos de libertad, más que limitar el poder, son limitados por él. El fenómeno se mantenía relativamente circunscrito cuando la información discurría sólo a través de los diarios y no estaba condicionada por el mercado de la publicidad. Las empresas periodísticas, siquiera tendencialmente, eran empresas puramente editoriales, cuya competencia coincidía a grandes rasgos —o cabía suponer o al menos esperar que coincidiese— con la competencia de las ideas y de la calidad de la información[81]. Pero con el desarrollo de la televisión, la situación ha saltado por los aires en formas destructivas para la libertad de información, el pluralismo y, en última instancia, para la democracia; pues este medio cuenta con un potencial de difusión, penetración, capacidad invasiva, de influencia y sugestión, incomparable con la de los diarios, está sometido a procesos de creciente concentración y colusión con los poderes políticos, y resulta además condicionado por la limitación de las frecuencias que restringe de hecho la propia libertad empresarial de iniciativa económica, requiriendo, aunque sólo sea por esto, una regulación pública. En Italia, además, la concentración de los *media* durante un quinquenio, directamente en las manos del partido gubernamental y de su líder, ha puesto asimismo en peligro el derecho a la información y la propia dialéctica democrática.

Por tanto, es la relación entre propiedad de los *media*, libertad de información, derecho a la información y poderes de gobierno la que hoy debe ser reconsiderada e invertida, si se quiere impedir, con la concentración de los poderes, el colapso de la democracia. Naturalmente, no existen soluciones fáciles. Pero ningún problema de garantías es, en principio, insoluble, salvo que se quiera desacreditar como utopía aquello que, simplemente, no se tiene interés o voluntad de hacer. Lo cierto es que cualquier reforma apta para garantizar la libertad de manifesta-

ción del pensamiento y de información debe partir de la neta distinción y separación de esta libertad del derecho de propiedad sobre los medios de información. Si reconocemos que este segundo derecho, como derecho civil de autonomía o de libre iniciativa económica, es un derecho fundamental consistente en un poder (D11.8, D11.14, T11.50, T11.58, T11.68 y T11.76-T11.78), hay al menos dos reglas, recibidas de la tradición teórica del estado de derecho, a las que, como cualquier otro poder, debe ser sometido, de modo que se impida su acumulación en formas absolutas. La primera regla es su sujeción a la ley, es decir, a límites y vínculos idóneos para garantizar la libertad de información, no menos que el derecho o, en cualquier caso, el interés público a la información. La segunda es la separación de poderes, la más vieja receta de Montesquieu que no puede dejar de extenderse al «cuarto poder»[82], como habitualmente se conoce a la prensa, a fin de que sea realmente «cuarto», es decir, independiente tanto de los poderes políticos como de los económicos.

Ambas reglas son esenciales, lo mismo para la tutela de la libertad de información que para la satisfacción del derecho a la información. En efecto, la principal garantía de tal libertad es su separación y su independencia de la propiedad; separación e independencia no menos esenciales para la información de cuanto lo son para el poder judicial frente al poder ejecutivo. Si es cierto que el derecho de información ha sido devorado por su confusión con el de propiedad, entonces el remedio consiste en distinguir y separar estos dos derechos y en invertir su actual relación; en someter el poder mercantil de las empresas periodísticas y sobre todo televisivas, sean públicas o privadas, a los límites y vínculos representados por la independencia de la libertad de prensa y de información.

Obviamente, no es una operación simple. Y sin embargo, un futuro estatuto de los derechos de los periodistas podría muy bien reducir e incluso neutralizar el poder de la propiedad con múltiples garantías, como la elección por las redacciones de los cargos directivos de las cabeceras o, al menos, la decisiva participación de las mismas en la adopción de tales decisiones; la institución, junto al *antitrust*, de autoridades de garantía independientes específicamente dedicadas a la tutela de la libertad de los periodistas y de la autonomía de los equipos de redacción[83]; la prohibición de despidos arbitrarios, discriminaciones y censuras; la prohibición de injerencias de la propiedad en las decisiones y orientaciones de las redacciones sobre los contenidos de la información y las programaciones televisivas, o cuando menos la previsión de financiamientos públicos expresamente condicionados a la ausencia de controles patronales. Naturalmente, estas garantías no bastan. A ellas deben unirse las garantías del derecho social (o al menos del interés público) a la información, de las que hablaré en el § 15.22 y que, como se ha dicho, están unidas a las primeras por una relación sinérgica, en el sentido de que unas son reflejo de las otras y viceversa.

15.8. *CB) La libertad de reunión; CC) La libertad de asociación. Subjetividades colectivas y movimientos sociales*

El derecho de reunión y el derecho de asociación están unidos por dos elementos conexos entre sí. El primero es su naturaleza de situaciones colectivas y, precisamente, de *derechos colectivos*, en el sentido de esta expresión aclarado por la tesis T7.80 y después en el § 11.7. Se trata, es obvio, de derechos que, como todos los demás fundamentales, corresponden singularmente a personas naturales (T11.3). Sin embargo, su ejercicio por parte de sus titulares —al igual que el de otros derechos individuales, como el de voto y el de huelga— es posible sólo en simultaneidad con el mismo ejercicio por parte de otros sujetos. Precisamente, los sujetos con los que se produce la reunión y la asociación, configurables a su vez como comportamientos colectivos (T3.47).

El segundo elemento compartido por estos dos derechos es el *fin común* en vista del cual se ejerciten. La reunión que da contenido al derecho de reunión —sea en lugar privado, público o abierto al público— no es cualquier agrupación casual o contingente de personas. Requiere además que la presencia simultánea de diversas personas en cierto lugar esté determinada por un fin común. Otro tanto hay que decir del derecho de asociación, cuyo ejercicio supone asimismo un fin común a los que lo ejerciten. Puede tratarse de un fin cualquiera, no lesivo para las demás 'libertades frente a', según la lógica ya ilustrada de las libertades, y por tanto «no prohibido por la ley penal», como precisa el artículo 18 de la Constitución italiana, y como lo sería, por ejemplo, una asociación para delinquir. Pero en todo caso deberá tratarse de un fin común, a falta del cual no habrá asociación.

Hay luego un tercer elemento habitualmente común a los dos derechos, que, conceptualmente, no es estructural como los primeros, aunque se halle ligado al nexo axiológico entre paz y derechos fundamentales aquí establecido (D12.21, T12.166). Es el carácter pacífico tanto de la reunión como de la asociación mediante la que resultan ejercidos. Es lo que requiere la Constitución italiana, cuyo artículo 17 define el derecho de reunión como el de «reunirse pacíficamente y sin armas» y cuyo artículo 18, tras enunciar el «derecho a asociarse libremente», prohíbe «las asociaciones secretas y las que persigan, aunque sea indirectamente, finalidades políticas mediante organizaciones de carácter militar».

Por tanto, lo que caracteriza estructuralmente a estos dos derechos es la subjetividad colectiva en vista de un fin común, manifestada y al mismo tiempo «constituida» por su ejercicio. Puede tratarse de una subjetividad *jurídica*, como la que se expresa, por ejemplo, en las sociedades comerciales y las reuniones de sus órganos, con los consiguientes vínculos jurídicos entre los socios. Pero, ciertamente, no es a este tipo de asociaciones y de reuniones —generadas y activadas por el ejercicio de los más específicos derechos-poder de autonomía privada y de la correspondiente capacidad de obrar— al que preferentemente se refieren la

libertad de reunión y la libertad de asociación. La subjetividad colectiva evocada por estas libertades es, sobre todo, la inmediata y solamente *social*, que se traduce en encuentros privados o en asambleas, manifestaciones, marchas o sentadas y, por otro lado, en la participación en comités, grupos, asociaciones informales o movimientos de masas, además de, es obvio, en organizaciones políticas y sindicales[84]. En suma, estas formas de subjetividad colectiva —no jurídica sino solamente social— están unidas por el fin, no sólo común sino colectivo y unitario, de su ejercicio, que trasciende la específica razón social, de tipo estatutario, que, según se ha visto, es propia de la subjetividad jurídica de las instituciones y de las personas jurídicas (D8.14, D10.17, T8.102-T8.104, T10.108). Estos sujetos colectivos corresponden, más que a instituciones formales, a las informales «formaciones sociales», como las llama el artículo 2 de la Constitución italiana, «donde se desarrolla la personalidad» de sus titulares: partidos, sindicatos, asociaciones de voluntariado, movimientos de lucha, colectivos de base, fundaciones y agrupaciones sin fines de lucro.

Se entiende que tales formaciones y agrupaciones, generadas y activadas por movilizaciones sociales y prácticas asociativas, son un presupuesto esencial de la democracia. Lo son genéticamente, dado que todas las democracias, ya desde sus momentos constituyentes, se han afirmado y desarrollado a partir de movimientos sociales organizados en asociaciones y redes asociativas; basta pensar en la creación de los millares de clubs, comités, sociedades populares y fraternas que acompañó a la Revolución francesa. Y siguen siéndolo constantemente, en la fisiología de la vida democrática, que supone, para no perecer, la autonomía de la sociedad civil que se expresa en la participación en partidos y sindicatos y, en general, en el desarrollo de ligámenes sociales capaces de romper el aislamiento de las personas y su clausura en la vida privada[85]. Por eso, en el ejercicio de los derechos de reunión y asociación cabe ver la principal garantía social de la democracia y a la vez una manifestación directa de soberanía popular. Son de recordar las páginas de Tocqueville sobre el nexo de implicación entre pasividad social, generada por el aislamiento y la indiferencia por la vida pública, y degeneración autoritaria de la democracia[86]; así como, a la inversa, entre democracia y libertad, entre ciudadanía activa y participación democrática en la autoorganización de la sociedad[87].

Pero el derecho de reunión y el derecho de asociación no son sólo las formas y vehículos insustituibles de la socialización y la activación de los ciudadanos. Son también, para la mayor parte de las personas, dos derechos estrechamente complementarios de la libertad de manifestación del pensamiento. Precisamente, equivalen a su *libertad de palabra*. En efecto, reunión y asociación son los lugares en los que casi todos pueden expresar el propio pensamiento. Para las personas comunes, que no escriben libros y carecen de acceso a los periódicos y a las televisiones, hablar en las reuniones y asociaciones, discutir y confrontarse con otras personas con las que deciden coincidir y asociarse, son los únicos *media*

a su disposición. «La reunión es el medio, el vehículo de transmisión de las ideas», declaró Filippo Turati en marzo de 1900, con ocasión del debate parlamentario sobre los decretos del gobierno Pelloux contra los derechos de reunión, asociación y huelga y en respuesta a Sidney Sonnino que contraponía a éstos la «moderna» libertad de prensa: «Nosotros nos reunimos para entendernos, para confraternizar en los mismos entusiasmos, para pensar juntos los remedios a los males comunes»[88]. También bajo este aspecto, reunión y asociación, además de ser los presupuestos esenciales del ejercicio de los derechos políticos, constituyen otras tantas formas elementales de democracia directa.

Por lo demás, tanto el derecho de reunión como el de asociación son derechos de segunda generación. No estaban previstos ni garantizados por las primeras constituciones liberales[89], que temían y no soportaban cualquier forma de organización social intermedia, autónoma e informal, advertida por las *élites* de gobierno como amenaza subversiva o sediciosa para la estabilidad política. Sin embargo, caracterizan a la democracia contemporánea, basada en el sufragio universal, que requiere la formación de agrupaciones sociales libres y de organizaciones políticas de masas y, por ello, el reconocimiento de la específica libertad de asociación que, como dice el artículo 49 de la Constitución italiana, es el «derecho de asociarse libremente en partidos para concurrir de forma democrática a la política nacional».

Según se ha dicho en el § 14.5, hoy existe una crisis de representatividad y de radicación social de los partidos políticos, precisamente allí donde, como en Italia y en otros países europeos, han conocido el máximo desarrollo como instrumentos de la participación política y de la autoorganización social. Pero hay nuevas formas de subjetividad colectiva que han ido afirmándose —a escala local, nacional e incluso transnacional— a través del desarrollo de movimientos de masas de tipo informal, en torno a temas como la paz, la protección del medio ambiente y de los diversos derechos fundamentales. De aquí la permanente, renovada importancia de los derechos de reunión y asociación, al ser reunión y asociación las formas esenciales, conexas e implicadas entre sí, a través de las que los movimientos se manifiestan, se movilizan y hacen valer sus reivindicaciones.

Naturalmente, las reuniones y las asociaciones pueden ser de lo más diverso en cuanto a los sujetos que las promueven y a los fines, obviamente indefinidos, perseguidos por ellas. Desde las fundaciones de investigación a las organizaciones políticas y sindicales, de las asociaciones de voluntariado a las organizaciones no gubernamentales y a los movimientos de base (excepción hecha, se ha dicho, de las asociaciones para delinquir y de las que se proponen, como dice la Constitución italiana, finalidades penalmente prohibidas o «fines políticos mediante organizaciones de carácter militar»). Para los fines de la teoría de la democracia, interesa aislar aquí las reuniones y asociaciones puestas en práctica por agrupaciones espontáneas que, al igual que los partidos, «concurren de

forma democrática», según las palabras del ya recordado artículo 49 de la Constitución italiana, «a determinar la política» tanto nacional como local o supranacional.

Los rasgos que distinguen a estas agrupaciones de los tradicionales partidos y sindicatos son esencialmente dos. El primero es su carácter *informal*, como sujetos colectivos sociales (T3.46) mas no jurídicos (T7.78), no organizados internamente conforme a vínculos o jerarquías jurídicas, sino sólo articulados por vínculos políticos, inmunes al riesgo de la burocratización y de la separación de su base social que es propio de los partidos. Pues no se instituyen, como los sujetos jurídicos y las personas artificiales, mediante actos formales, como entidades ficticias y con autonomía de los sujetos individuales que las componen, sino que son simplemente el conjunto de éstos, reunido o asociado para un fin común y unitario. En ellas se ha visto una mixtura de reunión y de asociación: asociaciones constituidas a través de la reunión; reuniones performativas de la asociación.

El segundo rasgo consiste en la naturaleza específica, universal e igualitaria, del fin común. Este fin, que se expresa en la forma de reivindicaciones, está constituido por la reclamación de garantías en apoyo de la paz o de derechos fundamentales, ya sean de libertad o sociales, en definitiva, de expectativas de todos, en tal sentido «universales» (D10.30). Por eso, el factor unificador de estas agrupaciones es la *igualdad*, no sólo en las relaciones internas de cuantos forman parte de ellas, sino también en sus reivindicaciones, que se presentan como expresiones de intereses generales, más allá de los intereses de los sujetos individuales que participan en las mismas. En este segundo rasgo distintivo residen su identidad y su diferencia de los movimientos corporativos, y más todavía de los de carácter racista o violento. Su fin común y unificador es la inclusión y no la exclusión, precisamente, la reivindicación de expectativas y derechos iguales, y no de privilegios y hasta discriminaciones.

Se entiende que estos movimientos, dirigidos a reivindicar la necesidad de modificar la agenda política y adecuarla a los grandes problemas del planeta, se perciban como amenazadores y faltos de calidad, como impolíticos, utópicos, veleidosos o incluso subversivos por las nuevas élites políticas que gobiernan el mundo; exactamente como las élites políticas decimonónicas veían al movimiento obrero, a los partidos socialistas y, en general, a las asociaciones y reuniones libres, también estigmatizadas como subversivas o sediciosas. Hemos tenido una prueba en las represiones violentas y abiertamente ilegales a que se han visto sometidas las manifestaciones de protesta contra las actuales formas de la globalización en Seattle y Praga, en Nápoles y Génova. En efecto, la red transnacional de estos movimientos, cuyas manifestaciones masivas han conocido dimensiones sin precedentes —basta recordar los 110 millones de personas que el 15 de febrero de 2003 se manifestaron simultáneamente en todas las capitales del mundo contra la guerra de Irak— representa la principal fuerza de oposición a las actuales formas

del gobierno global. Como veremos en el próximo capítulo, es hoy también el principal recurso de la democracia, el embrión de una sociedad civil global, quizá la premisa, ciertamente presupuesto necesario, de una futura posible democracia cosmopolita.

De aquí la necesidad, para el futuro de la democracia, de garantizar su existencia y desarrollo, que se identifican, precisamente, con la efectividad del derecho de reunión y de asociación. En este terreno, confiado esencialmente a la espontaneidad social, el derecho positivo tiene bien poco que hacer. Pero este poco es absolutamente necesario. Sobre todo, puede evitar que se impida o se limite el ejercicio de estos derechos, mediante la previsión de adecuadas garantías negativas (D3.7), tanto primarias como secundarias, consistentes en las correspondientes prohibiciones y en remedios eficaces para sus incumplimientos. En segundo lugar, cabe establecer garantías positivas (D3.6) y las correspondientes instituciones de garantía; por ejemplo, creando y financiando infraestructuras y espacios públicos comunes, accesibles a los movimientos, como casas del pueblo, centros sociales, salas y centros de congresos y similares. En particular, puede activarse su financiamiento básico. En Italia existe una norma que permite al contribuyente destinar el 8 o el 5 por mil de su impuesto sobre la renta a instituciones benéficas. Se trata de un embrión de democracia fiscal y no sólo del gasto. Sería necesario extender esta posibilidad, elevando al mismo tiempo la medida de la contribución, a cualquier asociación sin fines de lucro, como los concretos partidos de preferencia del contribuyente, además de las organizaciones no gubernamentales y las asociaciones de voluntariado.

15.9. *CD*) *La libertad de movimiento. El* ius migrandi

La tesis de que los derechos fundamentales y sus garantías son una conquista de las actuales democracias constitucionales sufre una excepción que equivale a un desmentido. Se trata de la específica libertad de movimientos o de circulación que es la libertad de emigrar del propio país de origen y de inmigrar en otros países, tan reconocida en el pasado como desconocida hoy.

Éste fue uno de los primeros «derechos naturales», formulado en los orígenes de la civilización jurídica moderna. Antes aún de la teorización hobbesiana del derecho a la vida, y de la lockeana de los derechos de libertad y de propiedad como razón de ser del contrato social y del artificio estatal, el teólogo español Francisco de Vitoria configuró el *ius migrandi* como un derecho universal, en sus *Relectiones de Indis recenter inventis*, desarrolladas en 1539 en la Universidad de Salamanca, derivándolo de otro derecho —el *ius communicationis ac societatis*— y poniéndolo como fundamento del naciente derecho internacional. En el plano teórico, la afirmación de estos derechos se integraba en una grandiosa concepción cosmopolita de la relación entre los pueblos infor-

mada por una suerte de fraternidad universal[90]. En el orden práctico se orientaba a la legitimación de la conquista española del Nuevo Mundo, incluso mediante la guerra, cuando se opusiera ilegítima resistencia al ejercicio de aquellos edificantes derechos[91]. Que cumplieron la misma función durante los cuatro siglos sucesivos, cuando se trató de legitimar la colonización del planeta por parte de las potencias europeas y sus políticas de rapiña y explotación.

Ello no ha sido obstáculo para que la tradición liberal clásica haya hecho siempre del *ius migrandi* un derecho fundamental. John Locke lo enunció como una suerte de corolario del nexo propiedad/trabajo: «Dios ha dado a los hombres el mundo [...] para que el hombre trabajador y racional lo use; y es el trabajo lo que da derecho a la propiedad»[92]; y ya que «la naturaleza ha dejado bien sentado cuáles han de ser los límites de la propiedad, pues éstos dependerán del trabajo que realice un hombre y de lo que resulte conveniente para vivir», y de otra parte «las dimensiones de una tierra son de tan poco valor si esa tierra no ha sido cultivada», de ello se sigue «que esa misma regla de la propiedad, a saber, que cada hombre sólo debe posesionarse de aquello que le es posible usar, puede seguir aplicándose en el mundo sin perjuicio de nadie; pues hay en el mundo tierra suficiente para abastecer al doble de sus habitantes»[93]. En suma, argumenta Locke, la supervivencia junto con la propiedad depende del trabajo, y el trabajo es siempre accesible cuando menos en «los lugares desocupados del interior de América»[94].

Kant, por su parte, enunció no sólo el «derecho a emigrar»[95], sino también el derecho de inmigrar, que formuló como «tercer artículo definitivo para la paz perpetua» identificándolo con el principio «de la hospitalidad universal», de la que escribió que «se trata de *derecho* y no de filantropía, y *hospitalidad* significa aquí el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro»; se trata de «un *derecho de visita*, derecho a presentarse a la sociedad, que tienen todos los hombres en virtud del derecho de propiedad en común de la superficie de la tierra sobre la que los hombres no pueden extenderse hasta el infinito, por ser una superficie esférica, teniendo que soportarse unos junto a otros»[96]. «No teniendo nadie originariamente», añade Kant, «más derecho que otro a estar en un determinado lugar de la tierra. Algunas partes deshabitadas de esta superficie, el mar y los desiertos, dividen esta comunidad, pero el barco y el *camello* (el *barco* del desierto) hacen posible un acercamiento por encima de esas regiones sin dueño y hacen posible que se haga uso del derecho a la *superficie*, que pertenece a la especie humana, para un posible tráfico [...] De esta manera pueden establecer relaciones pacíficas partes alejadas del mundo, relaciones que se convierten finalmente en legales y públicas, pudiendo así aproximar al género humano a una constitución cosmopolita»[97].

Hoy este acercamiento, mucho más rápido del que hacían posible las naves y los camellos, ha llegado a ser una realidad. Pero está muy lejos de realizarse una constitución cosmopolita, no obstante su proclamación en

tantas declaraciones y convenciones sobre derechos humanos. En efecto, el último eco del antiguo *ius migrandi* está representado por el artículo 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: «Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país»[98]. Así pues, el derecho de emigrar ha sido consagrado como derecho universal, conferido a todos los seres humanos. Y dado que no es posible emigrar más que a países diversos del propio, debería suponerse que el mismo comporta —como *principium iuris tantum*, si no como *principium iuris et de iure*— el derecho de inmigrar en un país diverso del de emigración, y por ello, cuando menos, el deber de la comunidad internacional de garantizar de algún modo su ejercicio (T10.130, T11.14, T11.102).

Por desgracia, estos derechos estuvieron viciados desde el principio por su carácter objetivamente asimétrico. Aunque formalmente universales, de hecho eran derechos para uso exclusivo de los occidentales, sin posibilidad alguna de ser ejercidos por las poblaciones de los «nuevos» mundos. Por ello, desde su proclamación, sirvieron como fuentes de legitimación del expansionismo de aquéllos y de los horrores de la colonización, que ya Kant estigmatizó duramente[99]. La misma inmigración en sentido propio, todavía hasta la mitad del siglo pasado, se desarrolló con relativa libertad dentro del área de los países occidentales —de Europa a América, del sur al norte europeo— con iguales ventajas, tanto de los países de emigración como de los de inmigración.

Hoy la asimetría se ha invertido. Después de cinco siglos de conquistas, colonizaciones y rapiñas ya no son los occidentales los que emigran a los países pobres del mundo; al contrario, son las masas de hambrientos de esos mismos países las que llaman a nuestras fronteras. Pero con la inversión de aquella asimetría de hecho se ha producido también una inversión de los principios de derecho. En el momento en que el ejercicio del derecho de emigrar resulta posible para todos, y es, además, la única alternativa de vida para millones de seres humanos, no sólo se ha olvidado su fundamento, tanto histórico como jurídico, en la tradición occidental, sino que se reprime con la misma dureza feroz con que fue blandido en los orígenes de la cultura moderna con fines de conquista y de colonización. Cuando se ha tratado de tomar en serio su carácter universal, aquel derecho se ha desvanecido, convirtiéndose en su contrario. Es entonces, cuando se han cerrado rígidamente las fronteras de nuestros países, cuando el fenómeno se ha desarrollado de manera progresiva e imparable, por efecto del crecimiento exponencial de la desigualdad entre países ricos y países pobres generada por los procesos de globalización.

Tal es la novedad de la inmigración actual con respecto incluso a la del pasado reciente, generada también por la pobreza y la necesidad. Hasta los años setenta del siglo pasado la inmigración fue, como se ha dicho, una inmigración sobre todo intranacional o intraeuropea, y, por tanto, dentro del marco occidental. La suya ha sido una historia de vejaciones, sufrimientos, discriminaciones y explotación, siempre informada

por la exclusión social, alimentada por sentimientos xenófobos y racistas en los países de inmigración. Pero sólo excepcionalmente y de forma esporádica fue una inmigración ilegal. Hoy, en cambio, la inmigración está de hecho casi sistemáticamente prohibida y en gran parte constreñida a la clandestinidad y a la ilegalidad.

El vehículo teórico y jurídico de esta mutación lo ha ofrecido la categoría de la ciudadanía. Según se ha visto en los §§ 11.2, 11.3 y 11.5, la ciudadanía, que en los orígenes del Estado moderno operó como factor de igualdad e inclusión, anulando las viejas diferencias por nacimiento[100], al convertirse la inmigración de los países pobres del mundo a Occidente en un fenómeno masivo, se ha transformado en un factor de exclusión, en el último privilegio de estatus que discrimina a los individuos en la libertad de movimientos y, por consiguiente, en todos los demás derechos fundamentales, asociados por él a la identidad nacional y no ya a la simple identidad de personas[101]. En suma, lo sucedido es que la emigración, que en virtud de la globalización se ha hecho materialmente más posible que nunca y económicamente más necesaria, está prohibida jurídicamente en nuestros países.

Por lo demás, estas leyes prohibicionistas —aunque en el plano dogmático pueda considerarse que no chocan con el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948[102]— contradicen de forma visible, en el plano teórico, el universalismo de los derechos sancionados no sólo en las cartas internacionales, sino también en nuestras propias constituciones, que configuran la mayor parte de los derechos fundamentales como derechos ya no del ciudadano (D11.3) sino de la persona (D11.2). De este modo, la calificada por Norberto Bobbio como «época de los derechos»[103], y de la máxima igualdad *en droits*, se está convirtiendo en la de la máxima desigualdad no sólo en el terreno material de las condiciones de vida, sino en el jurídico de las legislaciones nacionales. Desigualdad entre los ciudadanos y los no-ciudadanos que llaman a nuestras fronteras pero también, dentro de nuestros países, entre ciudadanos *optimo iure*, semi-ciudadanos más o menos regularizados de manera estable, no-ciudadanos y no-personas clandestinas. Así, la ciudadanía se ha fragmentado en una pluralidad de *status civitatis* diferenciados, dando lugar a estratificaciones sociales nuevamente fundadas en el nacimiento. Existen ciudadanías apreciadas, como las de nuestros países ricos, y ciudadanías que no valen nada, como las de los países de emigración. Y existen, dentro de nuestros propios ordenamientos, ciudadanías diferenciadas: ciudadanías plenas, ciudadanías demediadas, sub-ciudadanías, no-ciudadanías, según los diversos grados de regularización y de precariedad que las leyes les asocian. En Europa viven ya más de 15 millones de inmigrantes, muchos de ellos clandestinos, un verdadero *apartheid* interno, que se suma al *apartheid* mundial producto de nuestras fronteras cada vez más inaccesibles[104].

De esta manera, ha ido formándose un nuevo proletariado, discriminado no sólo en el plano social y económico, sino también jurídica-

mente. El fenómeno no es nuevo. Las diversas generaciones de las clases trabajadoras se han formado y alimentado de flujos migratorios: por la emigración del campo, el primer proletariado industrial en Inglaterra; por la italiana y la irlandesa en Estados Unidos entre finales del siglo XIX y comienzos del XX; del sur al norte de Italia en la segunda posguerra. Los recién llegados siempre fueron objeto de discriminaciones y colocados en situación de competencia con el viejo proletariado. Pero hoy la explotación y la opresión social se sirven también de las desigualdades jurídicas entre ciudadanos y extranjeros, que se dan en el *status civitatis*. Así, a la discriminación social y material se añade la discriminación jurídica. En efecto, los nuevos trabajadores inmigrados, sobre todo si son clandestinos, no tienen derechos y por ello, como no-personas, están expuestos a la máxima explotación. De lo que se sigue una general devaluación del trabajo y una ruptura de la unidad y de la solidaridad entre los trabajadores. En efecto, de un lado, el trabajo negro y mal pagado de los inmigrantes irregulares, del mismo modo que el de bajo coste de los países pobres en los que se deslocaliza la producción, se percibe por los trabajadores ciudadanos como responsable de la caída de los salarios y de la creciente precariedad del trabajo. De otro, la condición de total sometimiento del trabajador inmigrado, despedible al arbitrio, hace inverosímil por su parte cualquier conflicto o reivindicación frente al empleador, a menudo visto por él como un benefactor del que depende todo su futuro vital. De este modo, por primera vez en la historia del movimiento obrero, la desigualdad jurídica entre trabajadores se convierte en un poderoso obstáculo a la integración social y política de las nuevas generaciones de trabajadores. Por lo demás, división entre trabajadores y crecimiento general de la explotación son consecuencias tan evidentes y previsibles de las leyes actuales contra la inmigración que constituyen, más que efectos no queridos, una finalidad secundaria de las mismas.

El privilegio de la ciudadanía, o si se prefiere, el derecho de acceso y de residencia que está condicionado a la ciudadanía, equivale en suma —en sentido similar a lo que se dijo en el § 14.18 de la estabilidad del puesto de trabajo como presupuesto del goce de los demás derechos— a lo que Hannah Arendt ha llamado el «derecho a tener derechos», es decir, a un meta-derecho cuya negación comporta la negación al trabajador extranjero de todos los demás derechos y, con ellos, de la identidad de persona y no sólo de ciudadano. Por lo demás, las diversas legislaciones contra la inmigración reflejan un racismo institucional que se expresa en la radical asimetría que instituyen entre «nosotros» y «ellos» y que sirve para confirmar y, más aún, para fomentar los humores xenófobos y el racismo endémico presentes en el electorado de los países ricos, merced a la interacción que siempre existe entre derecho y sentir común. Esta inspiración racista se revela en la configuración del inmigrado como «cosa», simple mano de obra de bajo coste para trabajos demasiado fatigosos, peligrosos o humillantes, sugerida por las normas dirigidas a sancionar

la absoluta precariedad de su permanencia en el país de inmigración; en el sadismo legislativo que expresan normas que, como las presentes en la última ley italiana, se preocupan de impedir las reagrupaciones familiares, o que elevan el número de años requerido para obtener la tarjeta de residencia, incrementan las complicaciones burocráticas para la renovación del permiso o disciplinan las expulsiones de forma unilateral y, por tanto, sin la menor consideración hacia las razones del inmigrado[105]; en el estereotipo del inmigrado como sujeto peligroso y virtualmente criminal construido por la demagogia de la seguridad y diseñado por normas como las de la ley aludida sobre toma de huellas y expulsiones por razones de seguridad[106]. De este modo, las campañas contra los inmigrantes se entrelazan con las de seguridad, secundándose recíprocamente, y lo mismo sucede con los prejuicios y los lugares comunes que unas y otras vienen a reforzar. Es como se construye un imaginario racista que ve a los inmigrantes como criminales en potencia y nuevos bárbaros que amenazan nuestra llamada identidad cultural y nacional. Por lo demás, la construcción de este imaginario no corresponde solamente a un prejuicio racista, desmentido por el ínfimo número de denunciados y condenados entre los inmigrantes. También sirve para cambiar el sentir común en torno a la desviación y al derecho penal, movilizando el miedo y la alarma social no contra los delitos de los poderosos —corrupciones, malversaciones, grandes quiebras, devastaciones del medio ambiente— sino contra el pequeño comercio de la droga, los tirones, los hurtos y, en general, los delitos cometidos en la calle por inmigrantes, que de forma nada casual llenan las crónicas televisivas y no sólo las cárceles.

Este nuevo racismo institucional con expresión en las políticas y las leyes de exclusión, expulsión y discriminación, tiene hoy el riesgo de minar de raíz nuestras democracias, y de producir, al mismo tiempo, una perversión de nuestras propias identidades nacionales como identidades cerradas a la relación con otras culturas y cimentadas por la aversión al diferente[107]. En fin, es inútil decir que estas políticas y estas leyes únicamente pueden agravar y dramatizar todos los problemas que ilusoriamente se supone vendrían a resolver, aumentando el número de clandestinos y ocultando con ello el fenómeno al que debería hacerse frente, impulsando a los inmigrantes a la ilegalidad y entregándolos al control de las mafias, acentuando desigualdades y exclusiones y, con ellas, el odio y el rechazo de Occidente por parte del resto del mundo. Es realista suponer que el efecto va a ser un futuro de violencias y creciente inseguridad. Es también el hundimiento de los valores del derecho y de la democracia, tan proclamados en cuanto constitutivos de nuestra superior civilización como sistemáticamente violados y así desacreditados. Por consiguiente, las actuales leyes contra la inmigración añaden a la ilegitimidad jurídica y a su carácter de insostenibles en el plano ético-político su ineficacia, su contradicción clamorosa con los llamados «valores» de nuestra tradición y la corrupción del sentido cívico y de la propia identidad de Occidente que generan.

La conciencia de la ilegitimidad e inadecuación de las actuales legislaciones debería acompañar e inspirar una política racional de los países occidentales en materia de inmigración. Si no somos capaces de ofrecer a la proclamada libertad de emigración la *garantía negativa* exigida por el artículo 13 de la Declaración de 1948 y consistente en la prohibición de impedir su ejercicio; si semejante garantía, a causa de la enorme cantidad de problemas —económicos, sociales y políticos— que suscita se presenta aún como una suerte de utopía, es cuando menos necesario y urgente un empeño en políticas sociales de prevención de la inmigración en los países productores de emigración. En otras palabras, la puesta a punto en ellos de *garantías positivas* de los derechos sociales a la subsistencia, a la salud y a la educación, cuya satisfacción es sobre todo, como se ha demostrado en el § 13.13, un presupuesto indispensable de su desarrollo económico. Pero esto, según se verá en el próximo capítulo, reclama de la comunidad internacional una política económica y social de ayudas e inversiones apta para remover las causas estructurales y vitales de la emigración, es decir, las condiciones de miseria, hambre e imposibilidad de supervivencia que constriñen a la fuga de los países pobres.

Así, una vez más, se manifiesta la complementariedad y la convergencia entre garantías de los derechos de libertad y garantías de los derechos sociales, a las que ya se había hecho referencia. Ambas clases de garantías, las negativas y las positivas, guardan relación de conexidad. Si es cierto que las medidas de policía, más allá de su ilegitimidad por la violación de las primeras, no sirven para frenar a largo plazo la inmigración, es también cierto que los países occidentales se verán impulsados a dar actuación a las segundas y a afrontar seriamente las causas materiales de la inmigración, cuando ya la presión de masas inmensas en sus fronteras resulte irresistible. Mientras tanto, la capitidisminución civil, política y social de los inmigrantes debería alimentar la mala conciencia de Occidente, por ser en nuestras sociedades el signo y la clave de lectura más severa e inquietante del grado de inefectividad del principio de igualdad, y, con él, de todos nuestros aclamados valores universales.

15.10. *D) El paradigma del derecho penal mínimo y el sistema de las garantías penales y procesales*

Dentro del paradigma constitucional, el derecho penal es el terreno privilegiado en que se articula el cuadrilátero de las libertades diseñado al final del § 15.1: la limitación de las *meras libertades de* con normas primarias incriminadoras y la de las fundamentales *libertades frente a* (como la libertad personal) con normas secundarias sancionadoras, mediante leyes producidas por la *autonomía política* a través de la mediación representativa, en los límites de los *derechos de libertad* y para la tutela de estos mismos derechos y de los demás bienes y derechos fundamentales. Por esta razón, el derecho penal, como se dijo en el § 15.2, es

el terreno en el que se construyó el paradigma del estado de derecho y de la democracia liberal como sistema de límites a la ley del más fuerte. El paradigma, ya se ha dicho desde el final del § 15.1, opera en dos direcciones: como sistema de límites a la libertad salvaje de los asociados, mediante la prohibición, la investigación y el castigo como delitos de las ofensas a los derechos ajenos o a otros bienes o intereses estipulados como fundamentales; y como sistema de límites a la potestad punitiva del Estado, mediante las garantías penales y procesales, que impiden la prohibición de las acciones inofensivas o no culpables y el castigo de las ofensivas y culpables sin una previa correcta averiguación.

Estas dos direcciones del garantismo penal corresponden a los dos fines que, a mi juicio, justifican el poder punitivo: la prevención de los delitos, es decir, de los ataques injustos; la prevención de las penas informales o excesivas, es decir, de los castigos injustos. Las finalidades preventivas del primer tipo, o sea, la tutela de los ciudadanos frente a los posibles delincuentes, se procuran mediante las garantías, primarias y secundarias, que consisten en los límites impuestos a las meras libertades salvajes de los asociados por las normas penales, primarias y secundarias, que establecen, respectivamente, los delitos y las penas. Las finalidades preventivas del segundo tipo, es decir, la tutela de los posibles culpables de delito frente a los abusos punitivos, se persiguen a través de las garantías penales y procesales, primarias aquéllas y secundarias éstas, consistentes en límites impuestos a la potestad punitiva por los derechos de libertad y por las normas procesales. De ahí la relevancia constitucional del derecho penal. Y es que, en efecto, las prohibiciones penales y las penas limitan, unas, las meras libertades individuales y, las otras, la libertad personal, en garantía, primaria y secundaria, de los bienes y derechos de todos, dentro de los límites de las garantías de los derechos de los posibles reos, que son, a su vez, primarias y secundarias.

Así pues, el derecho penal, sustancial y procesal es, al menos en su modelo axiológico, el lugar privilegiado de las garantías, primarias y secundarias, de los derechos fundamentales individuales de inmunidad y de libertad; de los derechos a la seguridad de los posibles perjudicados; de los derechos de libertad de los posibles imputados y condenados. Por eso su sistema de garantías es constitutivo de la democracia liberal en un doble sentido, correspondiente al doble fin que representa la justificación y la fuente de legitimación del derecho penal, a saber, la tutela de la vida, la integridad, la libertad y la propiedad de los asociados frente a los delitos que otros que éstos pudieran cometer; y la tutela de los mismos asociados, en cuanto posibles imputados y condenados, frente a las prohibiciones inútiles o lesivas de derechos fundamentales, así como frente a las arbitrariedades, errores judiciales y excesos punitivos. De ambos fines, el primero es el más obvio y resulta generalmente asumido como el único del derecho penal, dado el carácter utilitarista de todas las doctrinas de la prevención penal, general y especial, negativa y positiva. Pero es claro que éste es un utilitarismo demediado, incapaz de poner límites

al poder punitivo del Estado, y que, más aún, choca con el principio moral kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio para fines ajenos. Sólo el segundo fin es apto para dar fundamento al sistema de garantías penales y procesales como medio de tutela no sólo de las posibles víctimas de delitos sino también de los acusados y, más aún, de los inocentes.

He llamado a este modelo normativo «derecho penal mínimo», entendiendo con esta expresión —de acuerdo con la máxima de Beccaria de que la pena debe ser «la mínima posible en las circunstancias dadas»[108]— esencialmente dos cosas: un paradigma metateórico de justificación del derecho penal y un paradigma teórico y normativo de derecho penal. Como *paradigma metateórico*, «derecho penal mínimo» designa una doctrina que justifica el derecho penal si y sólo si es capaz de realizar los dos fines enunciados, es decir, no sólo la prevención o cuando menos la minimización de las ofensas a bienes y derechos fundamentales, sino también la prevención y la minimización de los castigos arbitrarios; en una palabra, si y sólo si es un instrumento de minimización de la violencia y la arbitrariedad que se darían si él faltase. Como *paradigma normativo*, la fórmula designa el sistema de las garantías penales y procesales idóneo para satisfacer estos dos fines mediante prohibiciones, penas y procesos ordenados a esta doble tutela de los bienes y los derechos fundamentales: de los derechos de los sujetos afectados frente a los perjuicios ocasionados por los delitos; de los derechos de los imputados y luego de los presos frente a las arbitrariedades policiales y judiciales y frente a los excesos y los abusos de las autoridades carcelarias[109].

El derecho penal resulta así definido y justificado como alternativa a la guerra, es decir, como minimización de la violencia y de la arbitrariedad, tanto de las ofensas constitutivas de delito, como de las reacciones informales y excesivas que se producirían a falta de esa previsión. *Ne cives ad arma veniant*: para impedir que los ciudadanos recurran a la violencia, ya sea la de los delitos, la de la justicia por propia mano o la de la justicia sumaria. Es por lo que he definido el derecho penal mínimo como la *ley del más débil*, frente a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia; la que garantiza al sujeto más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado, y en el momento de la ejecución penal, el preso.

Si esto es cierto, toda defensa garantista de las libertades fundamentales supone necesariamente la defensa del derecho penal y de la pena frente a las formas de control no jurídico, de tipo salvaje o disciplinar, a las que abrirían camino las hipótesis abolicionistas. En efecto, la sanción penal, como técnica de minimización de la violencia de los delitos y de los castigos informales, es la primera garantía del derecho penal. En realidad, repito, una doble garantía: no sólo frente a los delitos, sino también frente a las venganzas y las reacciones arbitrarias, desmesuradas o excesivas, esto es, inspiradas en la lógica de la guerra de la que aquélla es negación[110]. En esta doble función garantista de la sanción penal resi-

de su justificación. Y en el debilitamiento de tal función puede hallarse la causa de la crisis degenerativa del derecho penal, que consiste en la impunidad de los delitos y/o en el afirmarse de técnicas punitivas informadas en la arbitrariedad y el abuso; en la crisis de las funciones de prevención de los delitos y de tutela de los perjudicados por ellos, en la de las funciones de prevención de los castigos arbitrarios y de tutela de los imputados; en la inefectividad (primaria) del derecho penal sustancial o en la inefectividad (secundaria) del derecho penal procesal.

Ya he dicho que, habitualmente, esta duplicidad de la función garantista del derecho penal resulta descuidada por el utilitarismo demediado de las doctrinas tradicionales. En efecto, en el lenguaje corriente, mientras que las garantías suelen asociarse exclusivamente a la prevención de los castigos arbitrarios o excesivos, la defensa social y la seguridad lo son, también en exclusiva, a la prevención de los delitos. Pero es fácil comprobar que la historia de las penas y de los procesos en su conjunto ha sido más infamante para la humanidad que la historia de los delitos; que siempre —en demasiados casos, incluso en las democracias avanzadas— la violencia de los abusos policiales y punitivos supera en brutalidad a la violencia de los delitos; que, en suma, la seguridad y las libertades fundamentales resultan a menudo tan amenazadas por los aparatos represivos como por la criminalidad, la que a su vez sólo puede obtener ventajas del defecto de garantías procesales en la correcta averiguación de la verdad. Por eso, las funciones preventivas —la defensa social frente a los delitos y la garantía individual frente al propio sistema punitivo— se encuentran unidas en el plano axiológico por la misma finalidad, a la vez de defensa social y de garantía de los derechos fundamentales de todos, es decir, tanto de los posibles perjudicados por los delitos como de los posibles imputados y condenados. Piénsese no sólo en los horrores de la inquisición medieval y en los de los regímenes totalitarios, sino también en muchos crímenes contra la humanidad perpetrados en todo el mundo bajo forma de represión penal. En las ejecuciones sumarias y en los miles de abusos policiales en China, Irak e Irán, o en las privaciones de libertad arbitrarias y las torturas a presos en países de antiguas democracias, como Estados Unidos y Gran Bretaña. En todos estos casos el fracaso del derecho penal se manifiesta dramáticamente, en su abdicación y claudicación ante la lógica de la guerra.

Así pues, en contra de lo que a menudo se piensa, entre esas dos funciones no existe ninguna oposición. Tanto las funciones de defensa social a través de la prevención de los delitos como las de garantía individual mediante la prevención de las penas arbitrarias y excesivas sirven para garantizar lo mismo la seguridad que los derechos fundamentales, de los perjudicados, que son víctimas de los delitos, y de los imputados, que, a su vez, pueden ser víctimas del arbitrio punitivo[111]. En realidad, ambas funciones están conectadas, aunque sólo sea porque la primera supone lógicamente la segunda. En efecto, el castigo del inocente equivale siempre a un fracaso del derecho penal en sus dos fundamentos axiológicos

y en sus fines justificativos; del segundo fin, es decir, de la prevención de castigos injustos, pero también del primero, esto es, de la prevención de las ofensas injustas, ya que cuando aquél se da no sólo se pena a un inocente, sino que se deja sin castigo a un culpable. A ello se debe que la condena de un inocente suene siempre como una condena de sus jueces. Por eso toda condena injusta es, en realidad, una condena de la justicia, en el plano político y moral[112]. Pues equivale al fracaso, es decir, a la violación y a la subversión de ambas funciones de garantía del derecho penal y de sus dos finalidades de prevención, de la doble defensa —frente a las ofensas injustas y a los castigos sin fundamento— que es la necesaria fuente de legitimación del derecho penal. Por eso *in dubio pro reo*, porque la certeza subjetiva de la culpabilidad del imputado consiguiente a la exclusión de toda duda razonable[113] es cuando menos un débil subrogado de la imposible certeza objetiva.

Hay un segundo lugar común, que es la otra cara del primero y en el que siempre se apoyan las tentaciones autoritarias: es la antinomia no sólo entre seguridad y libertad sino entre eficiencia y garantismo o, lo que es peor, entre garantismo y democracia, cuando la reducción de las garantías se justifica por la defensa de las instituciones. Según este prejuicio, generado por las campañas emergentistas sobre la seguridad, la causa de la ineficiencia de la administración de justicia —de sus dilaciones, omisiones, incumplimientos— estaría en el exceso de garantías en favor de los imputados. Se trata de un contrasentido. Como se verá en los próximos parágrafos, las causas de la ineficiencia y, a la vez, de la caída de las garantías son muy otras. Y, precisamente, la más grave es la crisis de la más importante de las garantías penales, el principio de legalidad, provocada por la inflación legislativa. Ciertamente, las garantías del correcto proceso son más costosas y difíciles y por lo común más impopulares que la ciega represión. Pero «garantismo» no quiere decir formalismo, literalismo o cavilación, sino tutela de los derechos fundamentales, el primero entre todos la presunción de inocencia hasta prueba en contrario. La alternativa a la arbitrariedad que propone el paradigma del derecho penal mínimo es, en suma, un sistema de garantías de verdad, y no sólo de libertad, que de este modo realiza la única eficiencia penal que puede perseguirse con sensatez. La arbitrariedad que sustituye a estas garantías en nombre de la emergencia —incluida la emergencia terrorista, como haré ver en el último capítulo— no sólo no sirve para proteger la democracia, sino que mina sus fundamentos y sus líneas maestras transformándola en su contrario[114].

Así se comprende que de los dos fines o fundamentos del derecho penal a los que se ha aludido, el segundo, aunque habitualmente ignorado, es más importante que el primero para la construcción de un sistema penal garantista. En efecto, pues todo el sistema de las garantías penales y procesales que connotan al derecho penal y lo diferencian de sistemas punitivos más expeditivos de tipo informal y desregulado está ordenado a su satisfacción. He caracterizado a este sistema a través de un conjun-

to de axiomas o principios, concatenados entre sí, como condiciones necesarias de punibilidad y formulables mediante otras tantas máximas latinas[115]:

A1 *Nulla poena sine crimine*, o principio de retributividad.
A2 *Nullum crimen sine lege*, o principio de estricta legalidad.
A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, o principio de economía.
A4 *Nulla necessitas sine iniuria*, o principio de lesividad.
A5 *Nulla iniuria sine actione*, o principio de materialidad.
A6 *Nulla actio sine culpa*, o principio de culpabilidad.
A7 *Nulla culpa sine iudicio*, o principio de jurisdiccionalidad.
A8 *Nullum iudicium sine accusatione*, o principio acusatorio.
A9 *Nulla accusatio sine probatione*, o principio de la carga de la prueba.
A10 *Nulla probatio sine defensione*, o principio de contradicción.

Estos diez axiomas, elaborados como principios de legitimación política o externa por la tradición ilustrada y después codificados o constitucionalizados como principios de legitimación jurídica o interna en todos los ordenamientos avanzados, definen el modelo *garantista* del derecho penal. Los seis primeros —la predeterminación legal en términos unívocos y taxativos (A2) sólo de los delitos (A1, A3) cuyos elementos constitutivos sean la lesividad del resultado (A4), la materialidad de la acción (A5) y la culpabilidad del autor (A6)— forman las *garantías penales*. Los otros cuatro —la comprobación de la existencia del delito mediante un juicio (A7) promovido por una acusación separada del juez (A8) y basado en la carga acusatoria de la prueba (A9) en régimen de contradicción con la defensa (A10)— forman, en cambio, las *garantías procesales*.

Más allá de la aparente heterogeneidad, la unidad del conjunto reside en el hecho de que sirve para asegurar un esquema *epistemológico* de identificación de la desviación penal que, a diferencia de otros modelos punitivos históricamente concebidos y realizados, se basa en dar al juicio penal un carácter tan cognoscitivo como sea posible, vinculándolo a la aplicación sustancial de la ley (D12.19, T12.68-T12.75). Por eso el juicio penal es siempre un *saber-poder*: juris-dicción, esto es, enunciación de lo que el derecho impone, únicamente legitimada, según se dijo en los §§ 12.7 y 14.12, por el grado de *verdad procesal* de las motivaciones en las que se funda. Como se afirmó entonces, con las *condiciones de uso* del término 'verdadero', las garantías aseguran la *verdad (o falsedad) jurídica* de las hipótesis acusatorias, es decir, su *verificabilidad* y *refutabilidad* en abstracto, dentro de los inevitables márgenes de lo opinable ligados a la interpretación de la ley. A su vez, las garantías procesales, con las *condiciones de aceptación* o *rechazo* de las mismas hipótesis como verdaderas o como falsas, aseguran su *verdad (o falsedad) fáctica*, es decir, su *verificación* o *refutación* en concreto, si bien con los márgenes inevitables de probabilidad ligados a la valoración de las pruebas.

15.11. *La actual crisis del derecho penal. La nueva cuestión criminal*

El derecho penal mínimo es un modelo normativo, es claro que nunca perfectamente realizado, y quizá no susceptible de plena realización, por la inevitable divergencia existente entre deber ser y ser del derecho. Se trata de un modelo que presenta siempre una divergencia deóntica más o menos amplia de la realidad, que permite predicar de él sólo un grado más o menos alto de efectividad. Sin embargo, hoy, esta divergencia está llegando a ser patológica. En efecto, en las democracias avanzadas, la actual crisis del derecho penal consiste en la quiebra de las dos funciones garantistas que le aportan legitimación: de su papel de prevención de los delitos y del de prevención de las penas arbitrarias; de su capacidad de represión y castigo de las ofensas injustas y de garantía frente a los castigos excesivos e injustos; de su función de *defensa social*, puesta en crisis por una criminalidad organizada —mafiosa, terrorista y económico-política— cada vez más agresiva e impune, y, al mismo tiempo, de sus funciones de *garantía individual*, a su vez puestas en crisis por una legislación inflacionaria que parece haber dado la espalda a cualquier criterio de racionalidad y por políticas represivas orientadas a la criminalización de los sospechosos y de la pobreza y la marginación. En suma, casi todos los ordenamientos avanzados se enfrentan a una doble crisis del sistema penal, la de sus funciones y garantías de defensa social *erga omnes* y la de sus funciones y garantías de tutela individual *erga publicas potestates*.

Para comprender la naturaleza y la profundidad de esta crisis hay que tomar conciencia de un doble cambio en la fenomenología de los delitos y de las penas favorecido por los procesos de globalización. Este cambio tiene que ver, de una parte, con la que podemos llamar *cuestión criminal*, es decir, las formas económicas, sociales y políticas de la criminalidad, en gran parte nuevas; de otra, con la que cabe denominar *cuestión penal*, es decir, las formas de la intervención punitiva, en gran parte viejas, y, más aún, degeneradas, y las causas de la impunidad de la nueva criminalidad, así como de las arbitrariedades y excesos punitivos.

Ha cambiado, sobre todo, la *cuestión criminal*. La criminalidad que hoy más atenta contra los bienes y derechos fundamentales no es la vieja criminalidad de subsistencia, debida a sujetos individuales principalmente marginados. La criminalidad que más amenaza a los derechos, la democracia, la paz y el futuro mismo de nuestro planeta es actualmente la *criminalidad del poder*, un fenómeno ya no marginal ni excepcional como la criminalidad tradicional, sino inserto en el funcionamiento normal de la sociedad[116]. Distinguiré, esquemáticamente, dos formas de criminalidad del poder, unidas por su carácter *organizado*: *a*) la de los poderes abiertamente criminales, ya sea de tipo político y terrorista, o de tipo económico y mafioso; *b*) la de los crímenes de los poderes, bien de los grandes poderes económicos, o de los poderes públicos. Así pues, por un lado los *poderes criminales*, por otro los *crímenes del poder*. No se trata de fenómenos siempre netamente distintos y separados, sino de

mundos entrelazados por las colusiones, hechas de complicidad y recíproca instrumentalización, entre poderes criminales, poderes económicos, vieja criminalidad común y poderes institucionales.

La primera de estas formas de criminalidad del poder, la de los *poderes criminales*, es el crimen organizado, del que se pueden distinguir dos tipos. El primero es el de la gran *criminalidad mafiosa*. Ha existido siempre, pero hoy tiene un desarrollo transnacional y una importancia y un peso financiero sin precedentes, hasta el punto de constituirse en uno de los sectores más florecientes, ramificados y rentables de la economía internacional[117]. Lo más extraordinario es que el crecimiento de esta criminalidad es el efecto de un fenómeno paradójico, en virtud del cual, como ha observado Jean de Maillard, «la más conspicua plusvalía económica trae origen de la explotación de la miseria más absoluta»[118]. «Los mayores beneficios», dice Maillard, «son generados por la capacidad de valorización de la pobreza a través de la trasgresión social de las prohibiciones»[119]. Basta pensar en las colosales ganancias generadas por el mercado clandestino y el monopolio criminal de la droga, a través del reclutamiento masivo de pequeños traficantes y vendedores de entre los sectores marginados. En estos casos, la pequeña delincuencia es directamente promovida por las organizaciones criminales, que explotan las condiciones de miseria, necesidad y marginación social de la mano de obra que tienen a sueldo. Es un rasgo que la criminalidad mafiosa comparte con la terrorista, igualmente capaz de reclutar la propia mano de obra explotando la ignorancia y el fanatismo. En suma, también la criminalidad organizada presenta una estratificación de clase, pues la pequeña criminalidad está empleada y explotada por la gran criminalidad, a su vez integrada de distintas maneras en los estratos dirigentes[120].

El segundo tipo de poderes criminales, quizá más terrible y amenazador aún, es la *criminalidad terrorista*. Tampoco es un fenómeno nuevo. Lo que la distingue de sus formas tradicionales —ya sean de tipo escuadrista, anarquista, nacionalista o político-conspirativo— es, de un lado, la potencia de sus medios militares y destructivos, de otro, el carácter global de sus objetivos, y su capacidad de reclutamiento de sujetos marginados y fanatizados, similar a la de la criminalidad mafiosa. Dos características que han inducido a la superpotencia americana a hacerle frente con la guerra, con el único efecto previsible de alimentarla y difundirla en una espiral sin fin. Por eso hablaré con amplitud del asunto en el próximo capítulo, dedicado a las dimensiones internacionales del derecho y la democracia. Aquí me limitaré a señalar que la configuración de la lucha contra el terrorismo como guerra, además «infinita», y no como acción policial coordinada a escala internacional, de los terroristas como enemigos beligerantes, según el esquema del «derecho penal del enemigo», y no como criminales, y de los actos de terrorismo como agresiones bélicas y no como fenómenos criminales que deben ser afrontados y aislados con los instrumentos asimétricos de la investigación policial y del derecho penal, ha representado el máximo factor de reconocimiento

y legitimación del terrorismo, elevado al rango de potencia enemiga, y el más grave acto de dimisión no sólo de la política y del derecho sino también de la razón.

La segunda forma de criminalidad del poder es la que se concreta en los *crímenes de los poderes*. En primer lugar, comprende la criminalidad de los grandes *poderes económicos* y *privados* transnacionales, que se manifiesta en las diversas formas de corrupción, de apropiación de los recursos naturales y de devastación del medio ambiente. Es el tipo de criminalidad más directamente provocada por los procesos de globalización. Precisamente porque la globalización, como se dirá en el próximo capítulo, es en esencia un vacío de derecho público, y específicamente de derecho penal internacional, deja espacio al desarrollo de poderes desregulados que no tienen más regla que el beneficio y la autoacumulación. Por ello es siempre incierta la línea de separación entre este tipo de criminalidad, la actividad económica desregulada, por eso lícita a pesar de que lesiona bienes fundamentales, y, por otro lado, la criminalidad de tipo abiertamente mafioso. Por lo demás, también esta clase de criminalidad se funda en la máxima explotación de la misma pobreza provocada por la globalización. En efecto, como se verá, en ausencia de límites y reglas, las empresas tienden a desplazar sus inversiones a los países que, por su estado de indigencia y por la corrupción de sus *élites* dirigentes, están más dispuestos a consentir impunemente devastaciones medioambientales, desarrollo insostenible, daños a la salud de la población y la explotación ilimitada de los trabajadores y de los recursos naturales.

En segundo lugar, entre los crímenes del poder se comprenden los que, por lo general también organizados, ponen en práctica los *poderes políticos* o *públicos*. Se trata de una fenomenología compleja y heterogénea. Están, ante todo, las variadas formas de corrupción, concusión y apropiación de la cosa pública que, en casi todos los ordenamientos, parecen haberse convertido en una dimensión ordinaria de los poderes públicos. En este tipo de desviación, el ligamen con la criminalidad de los poderes económicos es obviamente estrechísimo, hasta el punto de confundirse con ella en las múltiples formas, ya recordadas, de los conflictos de intereses, esto es, de colusión y subordinación de los intereses públicos a los privados en las actividades de gobierno y en la Administración Pública. Luego están los crímenes más específicamente públicos, todavía de mayor gravedad. En primer lugar, los crímenes contra la humanidad, cometidos por las fuerzas de policía, fuerzas armadas y servicios secretos, dentro y fuera de los respectivos ordenamientos; en segundo término, la variada fenomenología de la subversión desde arriba, debida a organizaciones ocultas, internas y/o internacionales, como las tristemente experimentadas en la América Latina de los años sesenta y setenta, y también ensayadas en Italia a través de asociaciones como Gladio, los servicios secretos, la P2 y similares; en fin, las guerras de agresión, identificadas como crímenes por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y, antes aún, prohibidas por la Carta de la ONU y, en lo que a Italia se

refiere, por la Constitución republicana. Este tipo de criminalidad no es sólo, como todos los fenómenos criminales, una manifestación de desviación social, sino también de desviación institucional. Es un signo de patología del ordenamiento, y, precisamente, por su carácter preferentemente oculto, la expresión degenerada de una crisis del estado de derecho y de la propia democracia, todos cuyos principios básicos contradice: del de legalidad a los de transparencia, publicidad, representatividad política y control popular.

En todos los casos, los elementos que hacen más amenazadoras estas nuevas formas de criminalidad son su carácter organizado y el hecho de ser practicadas o, en cualquier caso, sostenidas y protegidas por poderes fuertes, ocultos, a veces subversivos; así pues, no por sujetos débiles sino por sujetos poderosos, en posición de dominio económico o político. Y esto indica un cambio profundo en la composición social del fenómeno criminal. Al menos, por lo que se refiere a la gran criminalidad, sus rasgos de clase se han invertido. Las verdaderas «clases peligrosas»[121] ya no provienen tanto de los sectores marginados como de las *élites* dirigentes, económicas y políticas. Mientras que la tradicional delincuencia de subsistencia de las clases pobres es cada vez más subalterna de la gran criminalidad organizada, que, directa o indirectamente, la alimenta o, de cualquier modo, la instrumentaliza y la explota.

Hay, además, otra razón que hace gravemente peligrosa la criminalidad del poder: es el hecho de que ésta, en todas sus formas, atenta contra derechos y bienes fundamentales, tanto individuales como colectivos, incluidas la paz y la democracia. Al tratarse de la desviación no de sujetos individuales, sino de poderes desenfrenados y absolutos, se caracteriza también por una pretensión de impunidad y una capacidad de intimidación tanto mayores cuanto más potentes son las organizaciones criminales y sus lazos con los poderes públicos. Y es precisamente esta mayor peligrosidad y relevancia política de la cuestión criminal lo que hace más importante que nunca las dos funciones de prevención y garantía del derecho penal ilustradas en el parágrafo precedente.

Por otra parte, la criminalidad del poder, como se expondrá mejor más adelante, es la que, más que ninguna otra, resulta generada por la impunidad y frente a la cual la función disuasoria y deslegitimadora del derecho penal alcanza su grado máximo. Esto vale sin duda para todos los delitos del poder, desde los crímenes contra la humanidad a la delincuencia económica. Pero también para el crimen organizado, sobre todo cuando opera en colusión con los poderes políticos y económicos. En cuanto al terrorismo, como se verá en el próximo capítulo, es precisamente la respuesta asimétrica y garantista del derecho penal, en alternativa a la irracional y simétrica de la guerra, la que sirve para desactivarlo políticamente y aislarlo socialmente como fenómeno específicamente criminal.

Es obvio que el instrumento penal no basta por sí solo para hacer frente a tan vasta y variada tipología de la criminalidad del poder. En particular, la lucha contra el terrorismo, como se dirá en el próximo

capítulo, requiere una política mundial capaz de aislarlo reduciendo las enormes desigualdades y asimetrías de saber y de poder en que se apoyan los promotores de los «choques de civilizaciones»; y, además, una reforma del orden internacional dirigida a realizar, siquiera tendencialmente, un monopolio jurídico de la fuerza idóneo para prevenir guerras y ataques terroristas con la autoridad moral, la imparcialidad y el consenso del que es todavía, en las palabras de Norberto Bobbio, «el tercero ausente»[122]. Por otra parte, las degeneraciones delincuentes de los poderes, tanto públicos como privados, suscitan una cuestión constitucional, más que penal, que exige el desarrollo y el reforzamiento de todo el abanico de garantías —políticas, civiles, liberales y sociales— tratado en esta parte cuarta. En fin, todas las formas de criminalidad subalterna que se desarrollan a la sombra de los diversos tipos de criminalidad organizada requieren, antes y más bien que políticas penales, la puesta a punto de políticas sociales. Pero todo esto no impide que el cambio que la cuestión criminal ha experimentado en estos años confiera al derecho penal un papel decisivo de garantía de los derechos fundamentales y de la democracia, incomparable con el del pasado.

15.12. *La nueva cuestión penal. El desarrollo de un derecho penal máximo: a*) *la deriva inflacionista y el colapso del principio de legalidad*

Voy a abordar la otra gran cuestión que he enunciado antes, la *cuestión penal*, que, dado el cambio de la cuestión criminal, tendría que ser hoy reconsiderada de manera radical, tanto desde el punto de vista de la efectividad de las funciones de defensa social como desde el de las técnicas de tutela y de garantía individual. ¿Cuál ha sido la reacción de los sistemas penales de las democracias avanzadas a la nueva carga de funciones y de responsabilidad generada por la transformación de la cuestión criminal? ¿Qué balance cabe hacer de la función penal hoy, en nuestros países?

El balance es decididamente deficitario. Una respuesta adecuada al cambio de la cuestión criminal tendría que haber consistido en el desarrollo de un derecho penal supranacional y de las correspondientes instituciones policiales y judiciales de garantía, a la altura de los desafíos de la nueva criminalidad global, es decir, de los nuevos poderes criminales, públicos y privados, y de sus amenazas a bienes y derechos fundamentales. En esta dirección, es preciso reconocer que el único paso adelante ha sido la institución de la Corte Penal Internacional, que entró en vigor el 1 de julio de 2002, y que hasta ahora no ha dado señales de vida de cierto relieve. Fuera de esta conquista, cierto que de enorme importancia, no se ha desarrollado ningún proceso, ni siquiera tendencial, de globalización del derecho y de los derechos análogo o en todo caso a la altura de la globalización del crimen.

Por el contrario, se han producido dos expansiones patológicas del derecho penal que han acentuado sus tradicionales caracteres irracionales y clasistas. Sobre todo, la expansión del derecho de la *penalización*, es decir, de la inflación legislativa y, con ello, de las figuras de delito y del volumen de los asuntos penales; en segundo lugar, la expansión de hecho del *encarcelamiento*, es decir, del volumen de aflicciones punitivas y de la cantidad de personas presas y sometidas a control penal. Las dos expansiones, ambas en la dirección de un *derecho penal máximo*, no están en conexión directa, en el sentido de que el aumento del número de presos no depende sino de manera marginal de los castigos infligidos en virtud de las nuevas figuras de delito. Su relación es indirecta, en cuanto que el crecimiento exponencial del volumen de casos penales se ha traducido en el desarrollo de un derecho penal burocrático, responsable de la quiebra tanto de la eficiencia como de las garantías, reservada la primera a los sectores más débiles y las otras sólo a los imputados más poderosos, capaces de dotarse de costosas defensas. Así sucede que, mientras que ha crecido la impunidad de los poderes criminales y de los crímenes del poder, desde la criminalidad mafiosa a la gran corrupción y a la variada fenomenología de los crímenes contra la humanidad, se han producido un endurecimiento de los caracteres selectivos y antigarantistas de la represión penal y un crecimiento exponencial de la población carcelaria, en perjuicio de los grupos sociales más pobres, como los toxicómanos, inmigrantes y desempleados.

La primera y patológica expansión del derecho penal es sobre todo el producto de la creciente inflación legislativa, que en casi todos los ordenamientos avanzados está llevando al colapso de los aparatos judiciales. Precisamente, en una fase de desarrollo de la gran criminalidad organizada y transnacional, en la que se requeriría el máximo de deflación penal y de concentración de energías, las máquinas judiciales se ven maniatadas al pesar sobre ellas una gran cantidad de trabajo inútil, responsable al mismo tiempo de la ineficiencia y de la ausencia de garantías. Piénsese en las irreflexivas leyes sobre la droga, que se han revelado como potentes factores criminógenos, porque entregan el monopolio del mercado de la misma a las organizaciones criminales, hacen que el fenómeno se sumerja en la clandestinidad y han estimulado el desarrollo tanto de la microcriminalidad callejera como de la macrocriminalidad mafiosa del narcotráfico. Piénsese, además, en las leyes-manifiesto en materia de seguridad y de delincuencia callejera, tan severas como ineficaces, a veces repetitivas de otras ya existentes, dictadas esencialmente por la voluntad de obtener consenso con apoyo en el temor que ellas mismas contribuyen a alimentar. Ya en fin, basta asimismo reparar en todo el enorme derecho penal burocrático, generado por la tendencia a hacer que cada ley y ley-medida (*leggina*) incorpore sanciones penales, en parte por la bien conocida ineficiencia de otras formas de control de tipo político o administrativo, en parte por el carácter simbólico o declamatorio de la estigmatización penal. En Italia se ha llegado a prever

como delito, punible con pena de prisión, la fotocopia de libros, aunque sea sólo de algunas páginas.

En suma, en todos los países de Occidente se asiste a una crisis de sobreproducción del derecho penal que es una crisis de su capacidad reguladora[123]. En todos estos países, las leyes se cuentan por miles, tanto que nuestros ordenamientos —a causa del caos normativo, de la multiplicación de las normas y las fuentes y de la superposición de competencias— han retrocedido a la incertidumbre y la arbitrariedad propias del derecho premoderno[124]. Hasta el punto de que la Corte Constitucional italiana ha llegado incluso a esa declaración de quiebra del derecho punitivo que es la sentencia 364/1988, que archiva como irreal el clásico principio de inexcusabilidad de la *ignorantia legis* en materia penal. Pero la hipertrofia de la penalización no sólo es de tipo cuantitativo. Además, está provocada por la baja calidad de las leyes, por la indeterminación de los tipos penales, la proliferación de las figuras de delito de sospecha y de peligro abstracto, el uso de un lenguaje oscuro y polisémico, la inclusión en las leyes de artículos de páginas enteras cargados de derogaciones y reenvíos que dan lugar a intrincados y tortuosos laberintos normativos y a insuperables aporías y contradicciones.

El resultado de esta deriva es un derecho penal máximo, desarrollado al margen de cualquier diseño racional, y por eso en contradicción con todos sus clásicos principios garantistas: el de taxatividad y con él la certeza de la ley penal y el nexo entre pena y delito; el de lesividad y el de proporcionalidad de las penas; la obligatoriedad de la acción penal, la centralidad del juicio oral y el papel del proceso como instrumento de comprobación de los hechos cometidos y no de penalización preventiva; la posibilidad de que las leyes sean conocidas por los ciudadanos y de que cumplan así su papel garantista y gocen de eficacia disuasoria; la eficiencia, en fin, de la máquina judicial, atascada por una infinidad de procesos *de papel*, inútiles y costosos, cuyo único efecto es desdibujar la frontera de lo lícito y lo ilícito y sustraer tiempo y recursos a las investigaciones judiciales más importantes, cada vez con más frecuencia destinadas a la amnistía subrepticia que es la prescripción. Por fortuna, la mayor parte de este inútil derecho penal burocrático está condenado a la ineficacia. Pues en el caso de que todos los delitos denunciados fueran perseguidos y descubiertos, o, más aún, si lo fueran todos los delitos cometidos, incluso los no denunciados, es probable que la mayor parte de la población tuviera que ser sometida a proceso, y quizá encarcelada, o resultase de algún modo implicada en funciones policiales y carcelarias. Por eso, el alto grado de ineficacia de las instituciones judiciales es providencial. Pero es claro que un derecho penal que soporta una cifra negra de delitos no perseguidos tan gigantesca es, por un lado, factor de arbitrariedad que grava como una pesada hipoteca la libertad de los ciudadanos, tomados como rehenes por el riesgo de la incriminación[125]; y, por otro, un factor de descrédito de la jurisdicción y de deformación del sentido común de la justicia, que se resuelve en una forma de penali-

zación general, que acaba por tratar, reductivamente, a la pequeña ilegalidad difusa y en parte inevitable como criminalidad lesiva de derechos y bienes fundamentales[126].

En síntesis, puede decirse que la causa de estos efectos devastadores está en el colapso del principio de legalidad, que constituye la garantía fundamental del derecho penal, previa a todas las demás. La inflación legislativa está comprometiendo todas las funciones políticas atribuidas al principio de legalidad penal como connotaciones esenciales del estado de derecho. En primer lugar, la *certeza del derecho*, que es garantía de igualdad frente a la ley y hace que el sistema penal sea cognoscible y creíble; en segundo término, la *sujeción del juez a la ley*, que garantiza la inmunidad del ciudadano frente a la arbitrariedad y es también fundamento de la independencia de la magistratura y de la separación de poderes; en fin, la *primacía de la legislación*, y por esto de la política como expresión indirecta de la soberanía popular en la definición de los bienes merecedores de tutela penal y en la exacta previsión de sus lesiones como delitos.

Pero el desorden de la legalidad penal, que en muchos ordenamientos se conjuga con la importación del derecho estadounidense de institutos procesales y carcelarios de tipo premial y transaccional, ha provocado, además, un *cambio de paradigma* del sistema punitivo en su totalidad. Por ejemplo, en Italia, primero la legislación de excepción sobre los arrepentidos y después los beneficios penales y las modalidades negociales introducidas por las reformas penitenciarias y por el nuevo Código Procesal Penal han alterado radicalmente la tradicional relación entre delito, pena y proceso. A causa de los espacios de discrecionalidad abiertos por esos nuevos institutos, esta relación ha dejado de estar rígidamente informada por los principios de certeza y de estricta legalidad, que quieren penas ajustadas a la gravedad de los delitos acreditados y previamente tipificados en todos sus presupuestos por la ley penal. Según el nuevo paradigma, la pena está cada vez más en función de la conducta procesal del imputado y, luego, de la carcelaria del preso. Y con frecuencia el proceso ha dejado de ser procedimiento de comprobación o refutación empírica de los delitos imputados para convertirse en una incierta y compleja partida entablada entre el imputado y la administración de justicia y después con la penitenciaria, cuya apuesta es la medida de la pena y en la que, para el primero, la victoria o la derrota dependen esencialmente de su disposición a colaborar, primero aceptando la acusación y después con la buena conducta.

A todo esto ha seguido una amplia serie de involuciones del paradigma garantista. En primer lugar, una profunda divergencia entre pena legal, pena impuesta y pena a cumplir; la primera muy alta, de acuerdo con las actitudes declamatorias del nuevo derecho penal de la seguridad y/o de la emergencia; la segunda modelada sobre el comportamiento procesal del imputado e investida de funciones ejemplarizantes; la tercera condicionada a la buena conducta del preso y, por ello, subordina-

da a funciones de disciplina. En segundo término, una tendencial subjetivización del derecho penal, ahora diferenciado ya no sólo gracias a la abundante aplicación de los delitos asociativos, por tipo de autor, sino también merced a los nuevos institutos premiales, por tipo de imputado y por tipo de preso. En tercer lugar, una marginación del juicio oral respecto de la fase de investigación y de la posjurisdiccional, correlativa a la pérdida de centralidad del delito para los fines de la pena, en relación con las conductas procesales y carcelarias. En cuarto lugar, un crecimiento de la discrecionalidad *ante-* y *post-iudicium*, y por ello una desnaturalización de tipo administrativo de la jurisdicción. En fin, una acentuación de la desigualdad ante la ley, tanto en el proceso, en el que el juicio oral se ha convertido en un lujo reservado a quienes dispongan de costosas defensas, como en la ejecución de la pena, donde el disfrute de beneficios —desde el trabajo en el exterior a la semilibertad, de la *probation* a la libertad condicional— está ligado más que a la buena conducta, a criterios como la posibilidad de disponer de un puesto de trabajo, la familia, el grado de educación y otros similares que reproducen y acentúan la desigualdad social de oportunidades.

Es obvio que las responsabilidades de la crisis corresponden, ante todo, a la política, que en esta materia ha sido siempre coyuntural, incapaz de leer los cambios sociales y sólo capaz de un uso demagógico del derecho penal como sustitutivo simbólico de su incapacidad de afrontar los problemas —de la droga a la inmigración y a la seguridad misma— de otro modo que no sea exorcizarlos, precisamente, con la penalización. Pero las responsabilidades son también de la cultura penalista, que en estos años ha asistido pasivamente a la disolución de la legalidad penal, oscilando entre la resignación pesimista y la aceptación realista y haciendo pasar por opción «científica» su falta de compromiso civil y su actitud contemplativa de lo existente. En definitiva, estamos inmersos en un círculo vicioso. Ha quebrado la relación entre cultura jurídica, legislación y jurisdicción. La cultura jurídica ha perdido su función orientadora y de guía en relación con la legislación y la jurisdicción, así como su capacidad de proyección en el plano teórico, paralizada por su fidelidad a la vieja concepción técnico-jurídica, perdiendo así también la autoridad científica y la firmeza de los principios, sobre todo el de estricta legalidad penal. La legislación, sin el soporte de la cultura jurídica y más bien recibiendo de ésta el tácito aval derivado de sus inclinaciones tecnicistas y contemplativas, ha perdido racionalidad y coherencia y ha acentuado el caos normativo, haciendo aún más difícil el papel de sistematización del jurista. La jurisdicción, que ha experimentado un enorme crecimiento de su relevancia política y de su función de defensa de la legalidad, ha redescubierto, en fin, su nunca olvidada vocación antigarantista y autoritaria, proyectándola de hecho, sobre todo, en la habitual represión de la pequeña criminalidad de subsistencia.

15.13. *b*) *La expansión del encarcelamiento, la criminalización de la pobreza y la impunidad de los crímenes de los poderosos*

Es así como se ha desarrollado la segunda y más grave forma de expansión patológica del derecho penal, el enorme aumento de las penas de cárcel, fruto de una política indiferente a las causas estructurales de los fenómenos criminales, promotora de un derecho penal máximo, despreocupada de las garantías, sólo interesada en secundar o, lo que es peor, en alimentar los miedos y los humores represivos presentes en la sociedad.

La seguridad es el terreno privilegiado de esta política. Las estadísticas históricas sobre la criminalidad nos dicen que el número de delitos, en particular los cometidos contra las personas —homicidios, reyertas, violencias, lesiones— ha disminuido en proporción a la población, a tenor de las cifras de hace algunos decenios y, más aún, de las de hace un siglo[127]. Sin embargo, en todos los países occidentales, una demanda drogada de seguridad, enfatizada por la prensa y la televisión, ha acentuado la vocación represiva de la política penal, orientándola únicamente hacia la que he llamado «criminalidad de subsistencia». Esta política transmite un doble mensaje. Primero, el clasista y en sintonía con los intereses de la criminalidad del poder, según el cual la criminalidad —la verdadera criminalidad que atenta contra la «seguridad» y que es necesario prevenir y perseguir— es sólo la callejera; por tanto, no las infracciones de los poderosos —corrupciones, falsedades contables, dineros negros y ocultos, fraudes fiscales, blanqueos, y, menos todavía, las guerras, los crímenes de guerra, las devastaciones medioambientales y los atentados contra la salud—, sino sólo los robos con violencia, los producidos en automóviles y en domicilios, y el pequeño tráfico de drogas, cometidos por inmigrantes, desempleados, sujetos marginados, identificados hoy todavía como las únicas «clases peligrosas». Es un mensaje que sirve para secundar en la opinión pública el reflejo clasista y racista de la equiparación de los pobres, los negros y los marginados a los delincuentes, y, en consecuencia, para deformar el imaginario colectivo sobre la desviación y el derecho penal, para que la justicia penal cese de perseguir los delitos de las «personas decentes» y sólo se ocupe —cosa por lo demás mucho más fácil— de los delitos que atentan contra la seguridad de éstas.

Hay un segundo mensaje, todavía más regresivo, que es el que transmiten las campañas de inseguridad. Está orientado a hacer cambiar en el sentido común el significado mismo de la palabra «seguridad», que, en el léxico político ya no quiere decir «seguridad social», es decir, garantía de los derechos sociales y por eso seguridad del trabajo, la salud, la previsión social y la supervivencia, y menos aún seguridad de las libertades individuales frente a las arbitrariedades policiales, sino tan sólo «seguridad pública», entendida *sub specie* de orden público de policía y como exasperación punitiva y no del modo que corresponde a un estado de derecho, tanto liberal como social. Al haber sido agredida la seguridad

social por las políticas de reducción del estado social y de desmantelamiento del derecho del trabajo, las campañas de seguridad sirven para satisfacer el sentimiento difuso de inseguridad social con su movilización contra el desviado y el diferente, preferiblemente de color o extracomunitario. Es el viejo mecanismo del chivo expiatorio, que permite descargar sobre el pequeño delincuente los miedos, frustraciones y tensiones sociales irresueltas. Con un doble efecto: la identificación ilusoria de seguridad y derecho penal, en el sentir común, como si la intervención penal pudiera producir de forma mágica un cese de la microdelincuencia, y la expulsión del horizonte de la política de las políticas sociales de inclusión, ciertamente más costosas y comprometidas, pero las únicas capaces de incidir y reducir las causas estructurales de aquélla.

Tal es el doble significado de la consigna «tolerancia cero», fundamento del crecimiento exponencial del encarcelamiento penal promovido a partir de los años ochenta del siglo pasado. Como ha hecho ver Loïc Wacquant en *Les prisons de la misère*, esta política carcelaria ha golpeado de forma programada a los sectores pobres y marginales del subproletariado urbano: parados, subempleados, afroamericanos, inmigrantes, pequeños traficantes de droga, vagabundos, mendigos, prostitutas[128]. El fenómeno fue inaugurado y promovido en los Estados Unidos, donde en el espacio de treinta años la población carcelaria se ha multiplicado por siete, pasando de menos de 300.000 presos a más de 2 millones[129]. Con el sostén de una pseudo-ciencia criminológica informada por una abierta antropología de la desigualdad —en pocas palabras, por la idea de que el crimen no tiene causas ni motivaciones económicas y sociales, sino sólo causas y motivaciones individuales en la inclinación a delinquir de las personas, en su inmoralidad y maldad, o peor aún, en sus taras genéticas[130]— esta política de encarcelamiento masivo se ha desarrollado en simultaneidad con la reducción del estado social; tanto que Wacquant ha hablado de transición del estado social al estado penal[131].

Es así como se ha producido una ampliación del papel penal y militar del Estado correlativo a la reducción masiva de su papel social; una suerte de militarización de la política interna, sumada a la militarización de la política exterior producida en estos años por la superpotencia americana con la rehabilitación de la guerra como instrumento de gobierno del mundo. Dos estrategias unidas por la movilización de los miedos en apoyo de la seguridad y de la construcción y criminalización, como principales factores de identidad colectiva, de nuevos enemigos, internos y externos: los pobres y los inmigrantes, en el interior, los países pobres del mundo y sus «Estados canallas», en el plano internacional. No es casual que, en Estados Unidos, las nuevas políticas penales hayan venido a sustituir a las siempre débiles políticas sociales bajo la enseña de las nuevas consignas de orden neoliberal: «tolerancia cero» y «mano invisible» del mercado revestida de un «guante de hierro», ambas con proyección sobre los sectores más pobres[132]. Se ha calculado que los gastos de la administración penitenciaria superan el presupuesto de educación; y que

unidos a los gastos militares están muy por encima del gasto social. Por lo demás, también en Estados Unidos, la dimensión masiva del encarcelamiento explica en gran parte la decantada reducción del desempleo, cubierto en realidad por los más de dos millones de presos, que corresponde al 1% de la población, los más de cuatro millones de personas sometidas a medidas alternativas, y los millones de agentes ocupados en funciones de vigilancia y de custodia[133]; sin tomar en consideración la cuota de los ocupados en las fuerzas armadas, asimismo creciente.

Wacquant ha mostrado asimismo cómo, durante los años noventa, estas políticas y las ideologías que las sustentan saltaron el Atlántico, provocando en los países europeos, y primero en Inglaterra, un fuerte incremento de la segregación penitenciaria, si bien en medida incomparablemente inferior que en Estados Unidos[134]. Si en Estados Unidos el encarcelamiento masivo ha golpeado sobre todo a la población de color, en Europa se ha dirigido en especial contra los inmigrantes. En ambos casos, con el apoyo de una campaña mediática sobre la inseguridad, que secunda y alimenta la sensación colectiva de inseguridad y de miedo de que se hace intérprete. También en ambos casos, la demagogia de la seguridad se orienta a movilizar a la opinión pública contra la pobreza, percibida como potencialmente criminal, a distraer la atención de tantos problemas sociales irresueltos y a colmar el déficit de legitimación de los gobiernos generado por sus políticas de reducción de los gastos sociales.

Además, particularmente en Estados Unidos, todo esto ha provocado un drástico empeoramiento de las condiciones de vida en las cárceles: el olvido de las funciones reeducativas y resocializadoras de la pena; el endurecimiento de la disciplina penitenciaria y la multiplicación de los centros de máxima seguridad; los malos tratos, humillaciones y torturas infligidos a los presos, privados *de facto* de todos sus derechos, según el modelo Guantánamo. Incluso, en la ola de las políticas neoliberales, se ha puesto en marcha un proceso de privatización de las cárceles —y con ello, de la relación más dramática entre Estado y ciudadano— con ingentes beneficios para las nuevas empresas carcelarias, como es obvio, en detrimento de las condiciones de vida de los reclusos[135]. En fin, a la expansión del sistema carcelario se ha añadido una expansión del control policial sobre los excarcelados y los condenados a medidas alternativas, sometidos a una especie de panoptismo penal que sanciona definitivamente su marginación social y su exclusión del mercado de trabajo[136].

De este modo, el derecho penal, que en su modelo normativo es un espacio, al menos, de igualdad formal ante la ley, está convirtiéndose en el espacio en que, de hecho, las desigualdades y discriminaciones resultan enfatizadas. Pues no sólo reproduce las desigualdades presentes en la sociedad, introyectando sus estereotipos clasistas y racistas del delincuente «social», además de «natural»; también ha codificado discriminaciones y privilegios jurídicos con políticas legislativas tan severas con la

delincuencia callejera como indulgentes con la del poder. En Italia, por ejemplo, tras la breve etapa de *Mani Pulite*, se ha desarrollado un garantismo de clase, que se hace patente en la construcción de todo un *corpus iuris ad personam* dirigido a paralizar los diversos procesos contra el, a la sazón, presidente del gobierno[137], en simultaneidad con una campaña de denigración de los jueces, acusados de politización precisamente cuando, tomando en serio el principio de igualdad ante la ley, habían dejado de estar condicionados por la política.

Pero la impunidad de los crímenes del poder, y en particular de la delincuencia económica «de cuello blanco» se sirve de otras y bien potentes pantallas de protección. Se ha documentado que «los crímenes de cuello blanco producen mayores sufrimientos y muertes que todos los crímenes comunes juntos»[138]: devastaciones medioambientales, catástrofes ecológicas, adulteraciones de alimentos, accidentes de trabajo, apropiaciones de bienes comunes, estafas y distracción de fondos en perjuicio de millones de ahorradores, falsedades, cohechos y malversaciones en daño de los bienes y las finanzas públicas. Y, sin embargo, estos crímenes no son percibidos como tales, del mismo modo que no se perciben como atentados contra la seguridad pública los daños y peligros que ocasionan. Amedeo Cottino ha analizado recientemente las causas estructurales de esta impunidad, principalmente ligadas al carácter cada vez más salvaje y depredatorio del capitalismo sin reglas en la era de la globalización. Y ha ilustrado los mecanismos de ocultamiento y justificación ideológica de los crímenes cometidos, su carácter generalizado (todos lo hacen), su presunta inevitabilidad como necesario o incluso benéfico resultado de la producción de riqueza, su naturaleza sistémica que sirve para ocultar las responsabilidades individuales, su invisibilidad, debida a la distancia espacial y/o temporal de los diferentes efectos letales, la ajenidad de sus autores a los estereotipos del criminal y de la violencia difundidos en el sentir común y cotidianamente reforzados por los *media*, el auxilio de potentes defensas capaces de paralizar los raros procesos seguidos contra ellos[139]. De ahí la inefectividad primaria y secundaria del derecho penal en su conjunto frente a ellos, que opera como un potente factor criminógeno, alimentando en el sentir común la idea de la normalidad cuando no de la legitimidad de sus violaciones.

De este modo se está produciendo, en medida todavía más masiva que en el pasado, una duplicación del derecho penal: derecho mínimo y dúctil para los ricos y los poderosos; derecho máximo e inflexible para los pobres y los marginados. Vale también para el derecho penal lo que se ha dicho para la justicia civil, ahora gestionada, sobre todo en las causas internacionales, por grandes estudios forenses y colegios arbitrales. Me refiero a la formación de un «sistema dualista de justicia», dividido entre una «justicia a la medida» para quienes poseen el poder y una «justicia de masas para los consumidores ordinarios»[140]. De esto se sigue una inversión de la racionalidad penalista en las dos funciones que en el § 15.10 he señalado como razones y justificaciones del derecho penal.

No sólo en las funciones de garantía individual frente a los excesos y las arbitrariedades punitivas, inefectivas o ausentes en los procedimientos sumarios contra la delincuencia de subsistencia, sino también en las funciones de defensa social de la prevención de los delitos.

En efecto, en materia de capacidad de prevención del derecho penal, hay un principio teórico elemental avalado por la experiencia. El efecto disuasorio de las penas y su exasperación es directamente proporcional al grado de exigibilidad de la observancia de las normas violadas. Siendo máximo para delitos como el homicidio, la violencia contra las personas, la corrupción y los delitos del poder, es, en cambio, nulo para la mayor parte de los delitos contra el patrimonio, sobre todo si están ligados a la indigencia, la drogadicción o la marginación. *Ad impossibilia nemo tenetur*, se ha dicho desde el § 2.1: cuanto más necesitada es la desviación, tanto menos se la puede prevenir con las penas. Por eso, la eficacia disuasoria del derecho penal, mientras que es máxima frente a la criminalidad en absoluto necesitada de los sujetos de cuello blanco, que prospera exactamente en la medida de su impunidad[141], es prácticamente nula en relación con la criminalidad de subsistencia. Este tipo de delincuencia, en tanto que originado por la miseria, la inseguridad de las condiciones de vida o la drogadicción, no es seriamente prevenible mediante penas, que aunque sean severas tienen un valor poco más que simbólico. Obviamente, la respuesta penal es necesaria, aunque sólo sea para evitar las venganzas privadas. Pero es ilusorio confiarle la prevención de los delitos que atentan contra la seguridad individual, en lugar de hacerlo a las políticas sociales dirigidas a reducir las causas de la desviación. Al contrario, precisamente su intrínseca ineficacia tiene como único efecto incrementar el malestar social y la desconfianza en el derecho y en las instituciones[142].

De nuevo se revela, en el terreno del derecho penal, la complementariedad y la convergencia ya señalada entre garantismo liberal y garantismo social; entre garantías de los derechos de inmunidad —a la seguridad de los potenciales perjudicados por los delitos y al justo proceso de los potenciales imputados— y garantías de los derechos sociales; entre seguridad penal y seguridad social. Precisamente, la causa principal de la que he llamado «delincuencia de subsistencia» está en la ausencia de garantías sociales del empleo y de la subsistencia. Por eso la prevención de tal tipo de delincuencia requiere políticas sociales más que políticas penales, políticas de inclusión más que políticas de exclusión. Exige el desarrollo de efectivas garantías del trabajo, la educación, la previsión social y, más en general, una política dirigida a «destruir» lo que Marx llamó «las raíces antisociales del crimen» y a «dar a cada uno el margen social necesario para exteriorizar de un modo esencial su vida»[143]. Una política social capaz de sanear los «antisociales lugares de nacimiento del delito» es también la política penal más eficaz en materia de seguridad.

15.14. *Un proyecto de refundación de la legalidad penal sobre el modelo del derecho penal mínimo. Delitos, penas, procesos*

Ante la gravedad de la actual crisis, que compromete de manera radical la legitimidad del derecho y de la jurisdicción penal, a mi juicio, la única respuesta racional es la refundación del sistema punitivo en su conjunto, dirigida a restaurar su eficiencia y garantías según el modelo normativo que he llamado *derecho penal mínimo*. Un programa reformador semejante debería orientarse a restaurar el papel del derecho penal como instrumento costoso, sólo utilizable como *extrema ratio* y dirigido a la minimización de la violencia tanto de los delitos como de las penas y a la tutela de los bienes y los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Orientado, pues, de un lado, a una drástica *despenalización* y radical *descarcelación* del sistema penal; de otro, a procurar su retorno a la función de defensa frente a las ofensas más graves a tales bienes y derechos. Se trata de un programa diametralmente opuesto a las políticas que hoy prevalecen, que, como se ha visto, han provocado la doble expansión patológica de la deriva inflacionista de la legislación penal y del uso creciente de la cárcel en relación con la pobreza. Y cabe delinearlo, de forma sumaria, con tres órdenes de indicaciones, relativas a los tres momentos en los que se articula la intervención penal, es decir, el delito, la pena y el proceso.

El primer orden de indicaciones se refiere a la cantidad y la calidad de los *delitos*. En el § 15.10, se ha visto el nexo indisoluble entre minimización del derecho penal, eficiencia y garantismo. Dicho brevemente, entre el paradigma del derecho penal mínimo y los dos fines que éste asigna al derecho penal, es decir, la defensa frente a los delitos y frente a los castigos injustos. Este nexo impone una *despenalización* masiva. No podrá dotarse de eficiencia y garantías a la máquina judicial si su trabajo no se reduce al mínimo indispensable. En efecto, la enorme mole, absurdamente inútil, del trabajo judicial que pesa sobre nuestros tribunales no tiene más consecuencia que la de descalificar al derecho penal, burocratizar la actividad judicial, ampliar sus espacios de discrecionalidad impropia, hacer obligada la elección de las alternativas al proceso que son los decretos penales y los ritos especiales de conformidad con la acusación y hacer asimismo impracticable de hecho el principio de obligatoriedad de la acción penal.

Por tanto, para afrontar con seriedad el problema de la despenalización, hace falta un planteamiento bastante más radical que el que habitualmente se adopta. No se trata sólo de reducir la esfera de la tutela penal a los bienes que consideramos fundamentales. Antes aún será preciso reducir la esfera de tales bienes a la de los lesionados por las figuras de delito que, en una consideración realista, podrían ser enjuiciadas con decencia por el sistema judicial. Así, es necesario que la elección de los bienes merecedores de tutela penal esté rígidamente condicionada por los medios disponibles, que ciertamente habrá que reforzar, a fin de evi-

tar que bajo el nombre de «derecho penal» y de «jurisdicción penal» se desarrollen de forma generalizada técnicas de tratamiento tan inicuas y sumarias como ineficaces.

Bajo este aspecto, son muchas y variadas las figuras delictivas que tendrían que ser despenalizadas; desde tantos delitos de bagatela como empantanan el trabajo judicial, hasta la totalidad de las faltas y los delitos sólo conminados con penas pecuniarias. A no ser que se entienda que, por su gravedad, tendrían que ser castigados con más seriedad como delitos, ya que la pena pecuniaria sugiere escasa relevancia del bien protegido, y no es admisible que un bien digno de tutela penal pueda ser monetarizado. Así pues, deberían ser reformadas las leyes, criminógenas, que remiten la droga al mercado criminal, y hacerlo en el sentido de legalizar y controlar su producción y distribución, limitando la represión penal únicamente al tráfico de las drogas duras. Deberían convertirse en perseguibles sólo mediante querella de parte los delitos como el hurto, lesivos de derechos patrimoniales y, por tanto, disponibles (D11.19).

En fin, una reforma del derecho penal sustancial conforme a un programa de derecho penal mínimo habría de imponer el riguroso respeto de dos principios fundamentales, correspondientes a los dos significados —uno asertivo, prescriptivo el otro— de la separación entre derecho y moral indicados en el § 15.2. Me refiero al principio de estricta legalidad o taxatividad y al principio de lesividad, que deberían ser constitucionalizados en términos mucho más precisos que los habituales. El primero de estos dos principios tendría que ser reformulado como regla semántica de formación del lenguaje legal que obligue al legislador a usar términos dotados de extensión determinada, a fin de hacer posible la verificabilidad y la refutabilidad empírica de las hipótesis de delito en el momento del enjuiciamiento[144]. Y, como se dirá más adelante, debería ser garantizado mediante una rígida recodificación de todo el derecho penal, dirigida a acabar con la actual aluvial y confusa legislación penal hecha de reformas parciales, y a dotar de plenitud y exhaustividad al código penal. El segundo principio tendría que consistir en la introducción de la apreciabilidad, en abstracto y en concreto, del daño y el «peligro corrido»[145] como elementos constitutivos de todo delito. Así constitucionalizado, serviría para promover el replanteamiento de toda la escala de bienes merecedores de tutela; para colocar en el vértice los bienes y los derechos fundamentales —vida, integridad física, libertad, los bienes públicos y comunes, el correcto ejercicio de las funciones públicas— hoy lesionados o amenazados sobre todo por las diversas formas de la criminalidad del poder; para excluir de entre los bienes dignos de tutela penal todos aquellos que no tengan, ni siquiera indirectamente, rango constitucional; para la despenalización, en fin, de los delitos de peligro abstracto —cuya expansión es en la actual sociedad del riesgo la fuente más insidiosa de crisis de las clásicas garantías penales y procesales— en favor de técnicas diversas de tutela, civiles o administrativas y acaso, se-

gún apuntaré al final del § 15.18, de nuevas funciones e instituciones de garantía, más adecuadas y pertinentes que el instrumento penal[146].

El segundo orden de indicaciones se refiere a la naturaleza y la medida de las *penas*, por cuya moderación, escribió Montesquieu, se mide el grado de calidad de vida civil de un país[147]. Ante todo, se trata de proceder a una *descarcelación* masiva, eliminando la centralidad de la cárcel, reservando la pena de privación de libertad sólo para los delitos más graves, mitigándola con condiciones ambientales y espacios de vida lo menos aflictivos posible y transformando en penas principales las medidas alternativas que actualmente se aplican en la fase de ejecución penal. Pero, en segundo término, también se trata de reducir la desigualdad y la discrecionalidad que hoy caracterizan a la ejecución penal y que se siguen en gran parte de la flexibilidad de las penas.

Son dos objetivos conexos. Sin duda, la flexibilidad de las penas —introducida en Italia por la reforma carcelaria de 1975 y acentuada por la ley Gozzini de 1986— ha comportado, en principio, una reducción de la duración de la pena privativa de libertad. No obstate, a tenor de las estadísticas, sin dar lugar a una disminución del número de presos, se ha convertido en un factor de incertidumbre, de discrecionalidad burocrática y de desigualdad, así como de indebida subjetivización de la pena y de lesión de la libertad interior del penado. En efecto, al asociar beneficios y tratamientos diferenciados al viejo paradigma paleo-positivista de la «observación científica de la personalidad» del preso[148], la flexibilización de la pena ha acentuado su carácter disciplinario, contradiciendo un principio elemental del liberalismo, a saber, el derecho de cada uno a no ser coartado en su identidad y, con ello, la prohibición al Estado de indagar sobre la personalidad psíquica del penado y de transformarlo moralmente mediante medidas premiales o punitivas aplicadas por lo que él es y no por lo que hace.

Por este motivo un programa de derecho penal mínimo debería procurar la restauración de la certeza de la pena, eliminando la actual divergencia entre pena legal, pena impuesta y pena de cumplimiento, con la reducción de la primera a la segunda y de ésta a la tercera. Y sobre todo con la eliminación de la cadena perpetua, todavía presente en Italia a pesar de hallarse en abierta contradicción con el «sentido de humanidad» y con la función «reeducativa» de la pena que impone el artículo 27 de la Constitución[149]; en segundo lugar, con la previsión de la pena privativa de prisión sólo para los delitos más graves y fijando su límite máximo en no más de 15 años, como sucede en muchos países avanzados y, de hecho, también en Italia, gracias a los beneficios previstos por las leyes vigentes[150]; en tercer lugar, con la transformación, ya aludida, de las actuales medidas alternativas a la pena privativa de libertad —como el arresto domiciliario, la semilibertad, la *probation*, la libertad condicional— en penas principales a imponer por el juez[151].

Una reforma semejante, al restablecer la certeza, la legalidad y la igualdad de las penas, vendría a realizar la conocida máxima de Becca-

ria según la cual «uno de los mayores frenos de los delitos no es la crueldad de las penas sino su infalibilidad», dado que «la certeza de un castigo, aun moderado, producirá siempre una impresión más honda que el temor de otro más terrible, unido a la esperanza de la impunidad»[152]. Es claro que una vez reducida la medida de la pena a la que hoy es reducible en la fase de ejecución, cesaría la utilización de los descuentos de pena y de las medidas alternativas como instrumentos de gobierno de la cárcel y de chantaje a la conciencia de los presos. Las mismas formas de mitigación de la pena —permisos de trabajo en el exterior, visitas, desarrollo de actividades en común— cobrarían una capacidad de resocialización más auténtica. Añadiré que una reforma de las penas asociada a una deflación de los delitos no podría dejar de fijar, junto al límite máximo, también el límite mínimo, por debajo del cual, como escribieron Hobbes, Pufendorf y Bentham, la pena se convierte en una tasa[153]. Ésta es una razón más para la abolición de las penas pecuniarias, no sólo por ser impersonales y desiguales, sino también como desproporcionadas por defecto. El resultado sería, sobre todo, la simplificación del sistema penal, reducido exclusivamente a los delitos y a las penas de privación de libertad, bajo las dos formas de la prisión y las alternativas a ésta.

Para la tutela de los derechos de los presos debería promoverse, además, una última reforma de las penas, no sólo institucional, sino cultural y moral. En su modelo normativo la pena de prisión consiste únicamente en la privación de la libertad personal, sin que deba comportar también la privación y degradación de la dignidad de la persona. Por consiguiente, el tratamiento carcelario debería consistir en el máximo respeto del preso, en la garantía de todos sus derechos fundamentales, con la sola excepción de la libertad personal, así como de condiciones de vida que excluyan, como ilícito y repugnante, todo sufrimiento y mortificación inútil en el plano material y moral. Que es exactamente lo contrario de lo que habitualmente sucede en los establecimientos penitenciarios. La cárcel, como lugar de segregación, es por naturaleza una institución opaca, sustraída a los principios de transparencia y publicidad y, por ello, bastante más expuesta al gobierno de los hombres que al de las leyes. Detrás de sus muros, puede darse cualquier ilícito, cualquier arbitrariedad, cualquier violencia, cualquier violación de derechos, desde las pequeñas vejaciones y discriminaciones a los malos tratos. En contradicción con su modelo normativo, la pena de cárcel en concreto no es nunca la simple privación de un tiempo abstracto de libertad igual para todos. De hecho, en esa institución total que es la cárcel los presos se encuentran literalmente en manos del personal de custodia, sometidos a prácticas y condiciones de vida —en materia de espacios comunes, hacinamiento, habitabilidad de las celdas, duchas, horas de aire libre, condiciones de higiene y sanitarias— que hacen de cada pena una pena distinta de las demás y se resuelven, a veces, en profundas lesiones de los derechos fundamentales. De aquí la necesidad de una específica institución de garantía —un de-

fensor cívico o garante de los derechos de los penados— externa y ajena a la administración penitenciaria, con capacidad para investigar y prevenir las violaciones de los derechos garantizados, mediante la atribución de adecuados poderes de inspección y de control[154].

En fin, el tercer y último orden de indicaciones se refiere al *proceso penal* como procedimiento de verificación o de refutación empírica de las hipótesis acusatorias. Esta naturaleza cognoscitiva y no potestativa del proceso depende del conjunto de las garantías procesales, que son traducción de elementales criterios epistémicos del razonamiento inductivo en reglas jurídicas. Precisamente, la carga de la prueba de la hipótesis acusatoria que pesa sobre la acusación no es otra cosa que la carga de aportar confirmaciones empíricas de la misma que sean idóneas para sustentar su aceptación como verdadera; la comunicación al acusado de forma clara y precisa de los hechos que se le atribuyen, los derechos de la defensa y el juicio contradictorio son tan sólo la puesta a prueba de esa misma hipótesis acusatoria mediante su exposición a las confutaciones y contrapruebas producidas por la defensa; la obligatoriedad de la acción penal no es más que la garantía de la igualdad de los ciudadanos, de la sujeción del ministerio público a la ley y de su imparcialidad en la actividad de investigación; por último, la independencia del juez, su imparcialidad en relación con las partes en conflicto, la publicidad y oralidad del rito procesal, la obligación de motivar todas las decisiones judiciales, el derecho del imputado a un doble juicio de condena y, por ello, al carácter definitivo de la absolución de primer grado[155] son reglas que aseguran la corrección y la honestidad intelectual del juez y el control de sus eventuales errores o abusos. Es claro que estas garantías resultan eludidas en todo o en parte, normalmente en perjuicio de los sujetos más débiles, por normas y prácticas como la prisión provisional del imputado por más tiempo del necesario para el interrogatorio[156], el interrogatorio policial sin defensor, la instrucción escrita y secreta, y los diversos «procedimientos alternativos» con sus distintas modalidades premiales y negociales, que son en realidad alternativas al correcto proceso que es sólo el que se desarrolla en juicio público y en régimen de contradicción con la defensa.

Independencia de la jurisdicción, posición de tercero e imparcialidad del juez e igualdad de las partes procesales requieren una articulación institucional de los sujetos del juicio basada, de acuerdo con la estructura triangular del proceso, en sus recíprocas separaciones tanto orgánicas como funcionales (D12.8-D12.10). Por tanto, no sólo en la clásica separación de las funciones de gobierno tanto del juez como del ministerio público, titulares ambos de funciones de garantía sujetas sólo a la ley, sino también en la separación orgánica y funcional del juez y de la acusación pública, impuesta por el método acusatorio[157], así como en la separación de la policía judicial del poder ejecutivo, también orgánica y no sólo funcional; pues correspondiéndole funciones de investigación auxiliares de la acusación, debería estar separada de las funciones po-

liciales de orden público y bajo la dependencia, no sólo funcional sino administrativa, del ministerio fiscal.

En fin, la paridad de las partes en el proceso y la efectividad del derecho de defensa requerirían la introducción de otra importante garantía, teorizada por los clásicos de la Ilustración y del liberalismo penal —de Bentham y Filangieri a Carrara y Lucchini[158]— y experimentada con éxito en países de América Latina[159]. Me refiero a la introducción, obviamente sin perjuicio de la defensa privada, de una defensa pública confiada a un ministerio de defensa dotado de poderes análogos a los de la acusación. Pues, en efecto, si el derecho de defensa es un derecho fundamental y por ello universal, su actuación no puede quedar librada exclusivamente a las leyes del mercado como si de un derecho patrimonial se tratase, sino que precisa ser garantizada por la esfera pública, es decir, asegurada, cuando el imputado no opte por un defensor de su confianza, por una específica institución de garantía; y también porque existe un interés público no sólo en la condena de los culpables sino en la absolución de los inocentes. En definitiva, si es verdad que todo imputado se presume no culpable hasta la condena, resulta inadmisible que una persona presunta inocente sea llevada a juicio por el Estado, sometida a las penalidades de un proceso —los padecimientos materiales y morales, el daño para la propia reputación— y además constreñida a afrontar sus costes, demasiado a menudo insostenibles, o bien a renunciar de hecho a una defensa digna de este nombre.

15.15. *Descodificación civil y descodificación penal. El papel de la legalidad penal*

La crisis que sufren los sistemas penales en casi todos los ordenamientos avanzados es sólo un aspecto de la crisis general del principio de legalidad. Por ello una refundación garantista del derecho penal exige reanudar la reflexión sobre el específico papel de este principio en materia penal en relación con el que el mismo desempeña en otros sectores del derecho.

A tal fin, puede ser útil analizar los diversos efectos de la crisis del principio de legalidad producidos por la inflación de la legislación especial penal respecto de los ocasionados por el fenómeno de la llamada «descodificación» en materia civil, a la que aquélla ha sido frecuentemente asimilada. Tal es la fórmula acuñada hace veinte años por Natalino Irti para designar, en la época actual, llamada precisamente de la descodificación, la crisis de la centralidad del código civil como sistema de normas idóneo para regular las relaciones privadas de forma exclusiva, completa y unitaria. Hemos de preguntarnos si la descodificación penal, de dimensiones seguramente más masivas aún que la civil, tiene razones y justificaciones análogas a las de la legislación especial en materia civil; si en ella es identificable la misma lógica, igual tipo de racionalidad; cuan-

do lo cierto es que nunca ha podido reconocérsele ninguna racionalidad y ninguna lógica. Recogiendo una expresión de Irti, ¿podemos «jubilar» al código penal con la misma tranquilidad con que podría «jubilarse al código civil»?[160].

Me temo que la asimilación de la descodificación penal a la descodificación civil, como si ambas fueran producto inevitable de una cierta «posmodernidad», revela una enésima forma de subalternidad y de homologación de la cultura penalista con la civilista. Conviene recordar que, en Italia, esta subalternidad y esta homologación se remontan al comienzo del siglo pasado, cuando Arturo Rocco y Vicenzo Manzini cortaron las raíces filosóficas de la ciencia penalista, que se hundían en la gran tradición ilustrada de la Escuela clásica, de Beccaria y Filangieri a Francesco Carrara, e impusieron también en el estudio del derecho penal el método «técnico-jurídico» elaborado por la pandectística para el derecho civil, promoviendo el paso de la penalística civil a la civilística penal, como ha escrito Mario Sbriccoli[161]. Pues bien, la homologación de las dos codificaciones tiene asimismo una significación antiilustrada. En efecto, pues se resuelve en la aceptación desencantada o resignada, y, por consiguiente, irresponsabilizadora, de la descodificación por la mayor parte de los penalistas, como si se tratase de un fenómeno natural y por consiguiente irreversible e incontestable.

Pero volvamos a la pregunta de si la descodificación penal es asimilable a la descodificación civil, por sus formas y por la lógica que inspira. Creo que los dos fenómenos tienen causas y naturaleza totalmente diversas. Como ha mostrado Irti, la crisis de la centralidad del código civil corresponde al desarrollo de un sistema normativo «policéntrico», caracterizado por su articulación en una pluralidad de «microsistemas» o de «subsistemas», distintos no tanto y no sólo por razón de las materias como por la diversidad de los sujetos que son sus destinatarios. Ya no se trata del «individuo» y por ello de la generalidad, sino, cada vez más, de «grupos» de interés más o menos organizados; de modo que las diversas leyes —en tema de arrendamientos urbanos y rústicos, contratos agrarios, relaciones de trabajo y otros— son más bien el fruto de contrataciones con estos grupos y no el producto de una elaboración abstracta y puramente racional. En estas condiciones, dice Irti, el código funciona ahora como «derecho común»[162], válido en ausencia de leyes especiales, o sea, como «derecho residual, de disciplina de casos no regulados por normas particulares»[163].

Se puede apreciar o no esta lógica, considerarla progresiva o regresiva, reversible o irreversible, merecedora de contestación o de seguimiento. Pero, no cabe duda, se trata precisamente de una lógica, esto es, de un cambio dotado de racionalidad, y no de una lógica o de una racionalidad inmediatamente política, sino de un modelo de desarrollo del derecho civil impuesto, puede decirse, desde abajo, esto es, por dinámicas sociales espontáneas. Además, aunque el resultado de este desarrollo policéntrico sea la crisis de la vieja unidad sistemática del derecho civil, no

se puede negar que cada sistema —arrendamientos, relaciones de trabajo, contratos agrarios, familia— expresa una racionalidad intrínseca y autónoma que el jurista está en condiciones de explicitar y consolidar. Trabajo y familia, por los derechos fundamentales implicados, gozan hoy incluso de una dimensión predominantemente pública, según se ha visto en el capítulo anterior. Por tanto, a propósito de la descodificación civil, no cabe hablar de crisis, sino más bien de una mayor diferenciación y articulación interna de la racionalidad civilista.

Nada de esto puede decirse de la descodificación penal. En materia penal la descodificación se ha manifestado en una pura y simple deriva inflacionista de la legislación especial, que no ha reproducido el modelo de las leyes especiales en materia civil, descrito por Irti, el de las leyes «orgánicas» aptas para refundar de manera relativamente autónoma y completa enteros microsistemas o subsistemas de intereses. Por el contrario, se ha desarrollado según una línea exactamente opuesta, la de la emergencia, que ha fundado una miríada desorganizada de leyes y leyes-medida (*leggine*): leyes excepcionales, de emergencia o, en el mejor de los casos, «leyes ocasionales», como las llamó Carrara[164], dirigidas a veces a exorcizar problemas con su valor simbólico y propagandístico.

En esta deriva y en la selva intricada de leyes a que ha dado lugar es difícil reconocer alguna lógica o racionalidad, y no, en cambio, la pura y simple crisis de la razón. Es difícil incluso advertir en ella alguna lógica política que permita hablar de una política del derecho penal, por deplorable y regresiva que ésta sea, y no de un vacío de política, esto es, de planteamiento reformador. Como se dijo en los §§ 15.12 y 15.13, hay que hablar más bien de un uso político, coyuntural, de la legislación penal con fines demagógicos que no tienen nada que ver con las finalidades políticas de tutela propias del derecho penal. Es lo que puede predicarse de las leyes antidroga, cuyo efecto es desplazar a la clandestinidad el correspondiente mercado, entregándoselo a las organizaciones criminales; de la legislación en materia de seguridad, tan inútil como feroz; y de la larga serie de leyes especiales condenadas a la inefectividad, pero con el resultado de llenar los tribunales de procesos *de papel*.

Pues bien, ¿cuáles son los efectos de esta descodificación presidida por la crisis de la razón jurídica? ¿Es lícito asimilarlos a los de la descodificación civil? Para responder a estas preguntas, vamos a examinar el papel específico que cumplen la codificación y el principio de legalidad en el derecho civil y en el derecho penal, y con ello los diversos efectos producidos por los dos tipos de descodificación en la estructura del estado de derecho. Se trata de una cuestión de fondo que tiene directamente que ver con la diferencia entre ley civil y ley penal.

Conforme he mantenido en el § 14.15, esta diferencia reside en la diversa naturaleza de ambas clases de leyes, y, precisamente, en el papel opuesto que corresponde a cada una de ellas en relación con la libertad de los ciudadanos. El derecho civil es esencialmente una producción de los particulares, expresión de sus poderes de autonomía negocial. Por

eso, en relación con las libertades civiles, la ley y el principio de legalidad sólo desempeñan una función de «límite jurídico»[165] a la autonomía privada. En efecto, más allá de estos límites —que se expresan, por ejemplo, en la nulidad de los negocios viciados por causa ilícita y en la tipificación de las «causas» o «tipos de actos» a través de los que la autonomía negocial puede válidamente manifestarse— el código civil es una especie de «derecho común» o «residual» en relación tanto con las normas producidas por los particulares como con las propias leyes especiales. Si acaso, estos límites y el papel del principio de legalidad en las relaciones civiles resultarían ampliados en las direcciones indicadas en el capítulo anterior como forma de subordinar más claramente su ejercicio a la tutela de los intereses públicos y de los derechos fundamentales de todos.

El derecho penal, por el contrario, es en su totalidad un artificio jurídico producido por el Estado como máxima expresión de su potestad autoritativa y completamente modelado en función de su proyecto jurídico y político. Es por lo que el principio de legalidad y su corolario de la certeza, asegurada por la codificación, tiene un papel exactamente opuesto al que este mismo principio cumple en materia civil, y es el de ser un límite jurídico no ya de los poderes de autonomía privada para la tutela de los intereses públicos, sino, más bien al contrario, de las potestades públicas, policiales y judiciales, en garantía de las libertades privadas. En efecto, las garantías penales sustanciales aseguradas por el principio de lesividad y el de estricta legalidad son al mismo tiempo garantías primarias de la seguridad de las personas frente a la libertad salvaje de los asociados y garantías secundarias de sus libertades fundamentales frente a los arbitrios y los excesos punitivos.

Así se comprende que una descodificación penal como la indicada, con los millares de leyes y los millones de procesos provocados por la inflación legislativa, tenga efectos incomparablemente más graves que los que se siguen de la descodificación civil. Y es que, como se vio en el § 15.12, la misma compromete sobre todo las dos fuentes de legitimación política del derecho penal: de un lado, las funciones de seguridad y de defensa social, paralizadas por la ineficiencia de la máquina judicial; del otro, las funciones de garantía individual frente al arbitrio judicial. Además, la inflación legislativa y la creciente oscuridad e indeterminación del lenguaje legal tienen sobre la jurisdicción penal una incidencia mucho más profunda que la correspondiente a los mismos fenómenos en la jurisdicción civil. En efecto, la independencia del juez civil se basa en su papel de árbitro entre las partes en causa bajo la enseña de la primacía de sus voluntades autónomas. En cambio, la independencia del juez penal se funda en la sujeción *solamente* a la ley, asegurada a su vez por la estricta legalidad o taxatividad de las figuras de delito y con ello, como se dijo en el § 14.12, por el carácter tan cognoscitivo como sea posible del juicio; de modo que la crisis de estos presupuestos abre espacios ilimitados a la discrecionalidad de los jueces y los fiscales, haciendo vana de hecho la sujeción a la ley de los primeros y la obligatoriedad de la

acción penal de los segundos, y debilitando las principales fuentes de legitimación de la jurisdicción. Siendo así ¿podríamos permitirnos acabar con la centralidad del código penal, igual que con la del código civil, sin comprometer con ello el futuro de la justicia penal y, a la vez, el del estado de derecho mismo? ¿No deberíamos más bien refundar totalmente el artificio penal, es decir, las técnicas de garantía idóneas para satisfacer los fines que lo justifican?

Tal es la perspectiva en la que el paradigma del derecho penal mínimo, orientado sólo a la prevención de los delitos más graves, se confirma como la única respuesta racional a la presente crisis. En efecto, sólo un derecho penal mínimo, resultante de la refundación garantista de la legalidad penal, podría asegurar al mismo tiempo eficacia y garantías, o sea, los dos valores en los que se basa la credibilidad del derecho y la jurisdicción penal, y a la vez superar la crisis de legitimidad que hoy aqueja tanto a las funciones de gobierno como a las judiciales, poniendo remedio a los indebidos desbordamientos de unas y otras. Esto vale, sin duda, desde el punto de vista de la jurisdicción, cuyas fuentes de legitimación se identifican por completo con su exclusiva sujeción a la ley según resulta del sistema de garantías penales y procesales, es decir, de los límites y los vínculos establecidos para su ejercicio. En efecto, las garantías marcan la frontera de separación entre poderes judiciales propios y poderes judiciales impropios, más allá de la cual el poder de los jueces corre siempre el riesgo de dejar de ser instrumento de defensa de la legalidad y de tutela de los derechos, para convertirse en el que Condorcet llamaba «el poder más odioso»[166]. Pero también desde el punto de vista de los poderes políticos, el garantismo penal es la única respuesta posible a las invasiones de la esfera de la política por el poder judicial de las que ellos se quejan. Ya que, precisamente, las garantías penales y procesales son las técnicas que no sólo limitan los poderes de los jueces sino que también los vinculan a su función cognoscitiva. Y es que, en efecto, hay una aparente paradoja en el valor político del principio de estricta legalidad penal, sobre el que volveré en el próximo parágrafo. La legislación podrá realizar la reserva absoluta de ley en materia penal, una de las prerrogativas del parlamento y, por tanto, de la mayoría gobernante, si además de ser condicionante está condicionada. En otras palabras, si se somete a la obligación constitucional de formular de manera taxativa los tipos de delito. A la inversa, los jueces estarán por su parte tanto más dotados de poderes discrecionales tendencialmente invasivos de la esfera de competencia de la política, cuanto más indeterminados sean los tipos penales.

15.16. *Una propuesta de reforma: la reserva de código en materia penal*

La única reforma capaz de hacer efectiva la frontera y la separación entre el poder de los jueces y los demás poderes públicos es, pues, una refundación de la legalidad penal dirigida a reducir la excesiva discre-

cionalidad de aquéllos y a garantizar lo más posible, con el carácter cognoscitivo de la jurisdicción, su principal fuente de legitimación. Este objetivo es tanto más esencial en vista de la ampliación y la relevancia política que han asumido el papel y los espacios de la actividad judicial, pero para conseguirlo, aun siendo necesarias, no bastan las reformas indicadas en el § 15.14. Se necesita una reforma más radical que incida sobre las normas formales de producción de las leyes penales. A mi juicio, esta reforma debería consistir en un reforzamiento del principio de legalidad en materia penal, que sustituya la simple reserva de ley por una *reserva de código*, entendiendo por tal el principio, dotado de rango constitucional, de que en materia de delitos, penas y procesos penales no podrá introducirse ninguna norma si no es a través de la modificación o integración de los códigos penal o procesal, aprobada mediante un procedimiento legislativo agravado[167].

Por consiguiente, según esta reserva de ley reforzada, todas las normas en tema de delitos, penas y procesos deberían figurar en el código penal o en el procesal, y ninguna podría ser introducida o modificada más que como explícita modificación de estos códigos, aprobada con un procedimiento agravado. Se trata de una opción estratégica indispensable para devolver credibilidad al derecho penal y restituirle su naturaleza de *extrema ratio*. Por muy compleja y voluminosa que pudiera resultar, una nueva codificación informada por el principio «todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos», lo sería incomparablemente menos que el actual cúmulo de leyes especiales; ya sólo porque la prohibición de legislación especial mediante novelas constreñiría al legislador a hacerse cargo de la unidad y de la coherencia del sistema en todas las ocasiones. Por lo demás, según se dijo en el § 15.10, el derecho penal tiene indudable relevancia constitucional, ligada al carácter fundamental de los bienes protegidos por los delitos y de los sacrificados por las penas. Y esto justifica para él una rigidez semiconstitucional que, mediante técnicas de revisión agravadas, como precisamente la reserva de código, lo sustraiga a los humores contingentes de las contingentes mayorías gobernantes y a la producción de siempre nuevas emergencias.

Una innovación semejante equivaldría a la recodificación del derecho penal en su totalidad sobre la base de una metagarantía, dirigida, puede decirse, a poner a cubierto del abuso de leyes especiales, excepcionales, de ocasión o de emergencia, las propias garantías penales y procesales. Y es que, en efecto, la racionalidad de la ley, contrapuesta por Hobbes a la «*iuris prudentia* o sabiduría de jueces» propia del viejo derecho común[168], ha sido disuelta por una legislación no menos caótica y voluble que la vieja jurisprudencia de derecho común; con el efecto de reproducir, a través de la discrecionalidad judicial, un derecho de formación prevalentemente jurisprudencial, según el antiguo modelo premoderno. La reserva de código pondría fin a esta regresión, devolviendo al código el papel originario de garantía de certeza y cognoscibilidad, como sistema unitario y coherente de prohibiciones y castigos para la

tutela de las libertades de los ciudadanos frente al arbitrio de los jueces y al desorden legislativo.

El código penal y el procesal se convertirían en textos normativos exhaustivos y a la vez excluyentes de toda la materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad tendría que cuidar el legislador de modo permanente. Así se vería intensificada su capacidad reguladora, tanto en relación con los ciudadanos como con los jueces. Y se produciría, junto a un incremento de la certeza, también una reducción del área del derecho penal acorde con su papel de instrumento extremo de defensa de bienes y derechos fundamentales no tutelables de otro modo. En efecto, la *tabula rasa* del caos existente, a partir de una reconsideración radical del catálogo de los bienes merecedores de tutela, permitiría decidir no ya lo que debe despenalizarse sino lo que tiene que ser penalizado. La drástica despenalización que se seguiría en todo caso —comenzando por ese derecho penal burocrático que forman el conjunto de las infracciones sancionadas como faltas o con simples penas pecuniarias— quedaría ampliamente compensada por el aumento de la certeza, la efectividad y la tasa de garantismo del conjunto.

Por otra parte, sólo la refundación de la legalidad inducida por la recodificación integral del derecho penal —acompañada de la restauración de todos los principios garantistas, empezando por los de taxatividad de las figuras de delito y de lesividad de bienes y derechos fundamentales— puede restablecer una correcta relación entre política y justicia, a partir de una rígida *actio finium regundorum* entre legislación y jurisdicción, que a la postre no es más que la primera garantía de la clásica separación de poderes. En efecto, según he apuntado al final del parágrafo precedente, el legislador y, por tanto, la política sólo serán capaces de asegurar la separación de poderes y la sujeción del juez a la ley si saben cumplir su cometido, que es producir leyes respetuosas de las garantías, la primera de todas la de estricta legalidad, aptas para limitar y vincular a la jurisdicción. A su vez, los jueces estarán sujetos efectivamente a la ley si ésta, formulando con precisión los tipos delictivos, circunscribe sus poderes, de otro modo absolutos. En suma, sólo respetando la estricta legalidad penal podrá la política salvaguardar su propio papel legislativo y reducir la discrecionalidad judicial vinculando al juez a la *exclusiva* sujeción a la ley. A su vez, sólo esta reducción puede impedir a largo plazo la sujeción del ministerio público al control político y salvaguardar la separación entre poder judicial y poder ejecutivo. En pocas palabras, sólo si la ley se condiciona a sí misma a la estricta legalidad podrá condicionar de manera vinculante el ejercicio de la función judicial. En fin, sólo la legalidad y la taxatividad estrictas pueden establecer los límites entre espacios legítimos e ilegítimos tanto de la política como de la jurisdicción, trazando para los primeros la frontera entre actos lícitos y válidos y actos ilícitos o inválidos, y para los segundos el confín entre sujeción a la ley y arbitrio judicial. El hecho de que ésta sea la vieja receta ilustrada, nunca totalmente realizable pero al menos tendencialmente practicable,

no le priva de valor. Que todo esto fuese válido hace dos siglos, cuando la codificación permitió el paso del arbitrio de los jueces propio del viejo derecho jurisprudencial al estado de derecho, no lo hace menos válido ahora que la inflación legislativa ha hecho retroceder prácticamente el sistema penal a la incertidumbre del derecho premoderno.

Es obvio que una empresa semejante comporta costes y dificultades que no cabe infravalorar. Los costes son la renuncia a la tutela de algunos bienes jurídicos o la previsión de una tutela atenuada que han de seguirse, por ejemplo, de la abolición o de la transformación de las faltas y los delitos castigados con penas pecuniarias en ilícitos administrativos, o de la introducción de la persecución a instancia de parte para un mayor número de delitos, patrimoniales sobre todo, de acuerdo, por lo demás, con la disponibilidad de los derechos lesionados en tales casos (D11.19). Pero serían costes más aparentes que reales, en vista del aumento de la efectividad del sistema en su conjunto que se seguiría de tales medidas. En cuanto a la reducción de las garantías proveniente en abstracto de la transformación de muchos delitos en ilícitos administrativos, no tratados ya con las formas garantistas del proceso penal, no hay que dejarse hechizar por las palabras. Ciertamente, la previsión de la lesión de un bien como delito no basta para asegurar las garantías de su correcta investigación si luego la intervención sancionadora se produce por los trámites burocráticos del proceso sin juicio oral o a través de otras modalidades alternativas al proceso.

Al menos en Italia, los verdaderos obstáculos que se oponen a esta reforma son, en realidad, de carácter político y cultural, como las resistencias de los partidos, secundadas por la indiferencia o, lo que es peor, la hostilidad de la cultura jurídica penalista. Esta hostilidad no es fácil de explicar. Al identificar las causas del colapso del principio de legalidad se va desde una estupefaciente infravaloración del fenómeno de la inflación legislativa mediante novelas[169] a la ligera atribución del mismo a los «malos hábitos legislativos»[170], es decir, a un fenómeno con el que, precisamente, la reserva de código podría acabar, e incluso hasta la tesis de la inoportunidad de una constitucionalización del principio[171], como si existieran otros instrumentos para imponer el respeto de aquél al legislador ordinario. Todo esto hace sumamente improbable una reforma semejante. Pero improbable no quiere decir imposible. Salvo que se quiera encubrir las responsabilidades de la política y de la cultura jurídica, no hay que confundir inercia y realismo, descalificando como «irreal» o «utópico» lo que, simplemente, no se quiere hacer. Por el contrario, es preciso admitir que la responsabilidad de la crisis en curso corresponde a todos, legisladores, jueces y juristas; que el pesimismo resignado y el realismo desencantado en el que se complace, desde hace muchos años, una parte de la cultura penalista, corresponden a peticiones de principio que se autocumplen; que la refundación de un derecho a la altura de la actual cuestión criminal y, con ella, el futuro no sólo de la jurisdicción penal sino también del estado de derecho y de la propia democracia,

dependen de la superación de la ausencia de proyecto que aqueja tanto a la política como a la cultura jurídica.

15.17. *IV. La 'democracia social'. Los derechos sociales a la supervivencia y la formalización de sus garantías*

Un corolario del derecho a la vida es el derecho a la supervivencia, al que de distintos modos pueden reconducirse gran parte de los derechos sociales a prestaciones positivas a cargo de la esfera pública, como los derechos a la subsistencia, la previsión, el trabajo, la salud y la educación. La cuarta dimensión de nuestro modelo de democracia constitucional, la *democracia social* o *social-democracia*, se funda en la garantía de estos derechos. Este fundamento es, precisamente, el mismo de la prohibición de matar y de la exclusión de la pena de muerte, identificadas en el § 15.4 como las primeras garantías primarias negativas de la democracia liberal y la primera razón de ser del artificio jurídico y estatal. En efecto, en las sociedades actuales, caracterizadas por un alto grado de interdependencia y de desarrollo tecnológico, no sólo vivir, sino también sobrevivir requiere garantías jurídicas y, más precisamente, garantías primarias positivas. También la supervivencia, no menos que la defensa de la vida de agresiones indebidas, es cada vez menos un fenómeno exclusivamente natural y cada vez más un fenómeno artificial y social. Por eso, sus garantías deben entrar del mismo modo en la razón social de la democracia constitucional. Por dos razones, una negativa (se ha hecho imposible lo que en el pasado era posible) y otra positiva (se ha hecho posible lo que en el pasado era imposible), ambas relacionadas con las enormes transformaciones producidas en la estructura de la sociedad.

La primera razón, negativa, es el creciente alejamiento del individuo de las condiciones y los recursos naturales necesarios para la vida. El proceso de civilización forma un todo con la progresiva pérdida de autosuficiencia de las personas y con la intensificación de su interdependencia social. Todavía en la época de Locke, cuando aún existía una relación directa entre vida y naturaleza, podía muy bien confiarse la supervivencia a la autonomía del individuo, sobre todo a su trabajo, a su capacidad de adaptación, a su libre y responsable iniciativa y, en todo caso, como escribía aquél, acuñando el más sólido fundamento axiológico del capitalismo naciente, a su voluntad de trabajar y cultivar nuevas tierras «sin perjuicio para nadie; pues hay en el mundo tierra suficiente para abastecer al doble de sus habitantes», cuando menos «en alguno de los lugares desocupados del interior de América»[172]. Tal es la base sobre la que el primer liberalismo pudo teorizar el nexo entre libertad, trabajo, propiedad y vida, a cuya preservación en beneficio de todos está dirigido el contrato social[173]. Cierto que hoy ya no es así. «El hombre civilizado», escribió Tocqueville hace 170 años, «está infinitamente más expuesto a las vicisitudes del destino que el hombre del pasado»[174]. La

supervivencia del hombre en su conjunto —del trabajo a la emigración, de la vivienda a la alimentación básica— depende hoy, bastante más que en el pasado, de su integración social, es decir, de condiciones materiales y circunstancias jurídicas y sociales de vida que están mucho más allá de su libre iniciativa[175].

La segunda razón, positiva, está representada por los enormes progresos tecnológicos y los crecientes desarrollos de la riqueza y de la producción. A diferencia de lo que sucedía en el pasado, gracias a estos progresos —basta pensar en las conquistas de la medicina y en la producción virtualmente ilimitada de bienes materiales— ha llegado a ser realmente posible, y por eso moral y políticamente obligado, reducir o compensar la desigualdad de «oportunidades» dependientes de la que John Rawls ha llamado «lotería natural»[176]; tanto si se trata de desigualdades físicas, debidas a la desigual distribución de las «dotes naturales» como la salud, la fuerza, los talentos y las capacidades ligadas a la constitución natural de las personas, como si se trata de desigualdades sociales, debidas al nacimiento en un país rico y no pobre o en una familia acomodada y no en una indigente[177]. Estas desigualdades, afirma Rawls, al depender de la «casualidad de las dotes naturales» y de la «contingencia de las condiciones sociales» y no de méritos o responsabilidades de quien es favorecido o desfavorecido por ellas, «parecen arbitrarias desde un punto de vista moral», y por ello deben ser «anuladas»[178]. Tanto más, cabe añadir, cuando ocurre que los extraordinarios progresos económicos y tecnológicos que permiten reducirlas o eliminarlas son, precisamente, los que, en ausencia de derecho y de derechos, contribuyen a hacerlas crecer de manera exponencial.

En esta doble artificialidad social de la supervivencia reside el fundamento axiológico de los derechos sociales, por lo que su violación es tan imputable a responsabilidades humanas como la de los derechos individuales. Si es verdad que el fin del derecho y la razón social de las instituciones políticas es la tutela de la vida, entonces es la satisfacción de los mínimos vitales, y no sólo la garantía de la prohibición de matar, lo que debe entrar a formar parte de las cláusulas del pacto de convivencia como corolario del derecho a la vida. Naturalmente, privar de la vida de forma voluntaria, como sucede con la pena de muerte y con el homicidio, es algo distinto de no garantizar la supervivencia. Es, precisamente, la diferencia que existe entre los derechos individuales negativos, que requieren garantías negativas de no lesión, y los derechos sociales positivos, que requieren garantías positivas de prestaciones —en materia de subsistencia, previsión, asistencia sanitaria, educación—, y, por lo mismo, entre agresión intencional a la vida y omisión de socorro. Y sin embargo, en presencia de las dos indicadas transformaciones en la estructura de la sociedad, la ampliación de la razón social de las instituciones públicas, estatales e internacionales a los derechos de supervivencia se ha convertido para éstas en una condición de su legitimación, similar a como lo fue la tutela del derecho a la vida y de las libertades fundamen-

tales en los orígenes de la cultura jurídica moderna. Hacer vivir y no dejar morir es, en suma, tan esencial para la convivencia pacífica como no hacer morir y dejar vivir[179]. Cuando, como ocurre en el actual mundo globalizado, se tolera que millones de seres humanos mueran de hambre o de enfermedades curables y no tratadas, todo el edificio del derecho y el conjunto de nuestros valores reniegan de sí mismos y se tambalean, convirtiéndose en mera cobertura ideológica, de modo similar a cuando se aplica la pena de muerte a una persona o un asesino queda sin castigo.

Así pues, la democracia social representa una ampliación del paradigma del estado de derecho, consiguiente a la afirmación de los derecho sociales y no sólo de los de libertad en el pacto constitucional de convivencia[180]. Su primera enunciación constitucional se remonta a la Declaración de derechos que precede a la Constitución francesa de 24 de junio de 1793, cuyo artículo 21 establecía: «Los socorros públicos son un deber sagrado. La sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, ya procurándoles trabajo o bien asegurando los medios de existencia a los que no se hallen en condiciones de poder trabajar»[181]. Una norma análoga aparece recogida en el artículo 8 del preámbulo de la Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848: «La república debe proteger al ciudadano en su persona, familia, religión, propiedad, trabajo, y poner al alcance de cada uno la educación indispensable a todos los hombres; debe también, por medio de una asistencia fraterna, asegurar la existencia de los ciudadanos necesitados, ya sea procurándoles un trabajo dentro de los límites de sus recursos, o bien asegurando asistencia, en defecto de familia, a los que no estén en condiciones de trabajar». En fin, el artículo 151 de la Constitución de Weimar, de 11 de agosto de 1919, dispuso que «la vida económica debe ser organizada de conformidad con los principios de justicia y a fin de garantizar a todos una existencia digna del hombre»[182].

Pero es con las constituciones europeas de la segunda posguerra cuando se desarrolla la democracia social mediante la formulación, ya no sólo de deberes públicos, sino también de una larga serie de derechos sociales, sancionados como fundamentales al igual que los derechos de libertad. Es lo sucedido con la Constitución italiana de 1948, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la Constitución portuguesa de 1976 y la Constitución española de 1978, que sancionaron los derechos al trabajo, la salud, la educación, la subsistencia y la seguridad social, como correlativos a la obligación de un papel activo del Estado, que tiene ejemplar expresión en el artículo 3.2 de la Constitución italiana: «Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social» que limitan «de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos».

Sin embargo, la construcción del estado social se produjo, en cierta medida, mucho antes de la consagración constitucional de los derechos sociales, a través de políticas desarrolladas en Europa desde finales del siglo XIX, cierto que fuera del paradigma teórico y de las estructuras

institucionales del estado de derecho[183]. En efecto, junto al *estado de derecho liberal*, esencialmente configurado como sistema de *garantías negativas* consistentes en límites o prohibiciones para la tutela de los derechos de libertad, se edificó parcialmente un *estado de derecho social* como sistema de *garantías positivas*, es decir, de vínculos u obligaciones de tutela de los derechos sociales. El estado social se ha desarrollado, en gran parte, por acumulaciones sucesivas, fuera de un claro diseño constitucional. Primero, bajo las formas parapúblicas de los seguros obligatorios de los trabajadores, después mediante la expansión de los aparatos burocráticos y sus poderes discrecionales, y en momentos recientes, sólo en los países europeos y con limitación a algunas prestaciones exactamente preestablecidas por la ley, en las modalidades vinculadas de satisfacción de derechos. El resultado ha sido un estado social de tipo tendencialmente paternalista y asistencial, íntegramente desarrollado en el marco del poder ejecutivo, como articulación de las funciones discrecionales de gobierno, y no *sub specie* de exclusiva y rígida sujeción a la ley, que es lo propio de las funciones de garantía. Hasta el punto de que a veces se ha hablado de una oposición, o, en todo caso, de una tensión irresuelta entre estado social y estado de derecho[184]. En efecto, la masiva expansión de las funciones del Estado, producida a menudo de manera informal bajo la presión de intereses corporativos y clientelares y no en la forma de vínculos fundamentales legalmente preestablecidos en garantía de todos (D11.25), ha dado lugar a una crisis de legalidad de la esfera pública, que en todas las democracias avanzadas —en Italia como en España, en Francia, Japón, Estados Unidos y en los países de América Latina— se ha manifestado en el desarrollo de la corrupción, así como en procesos de desplazamiento del poder político-administrativo a sedes invisibles sustraídas a los controles políticos y jurisdiccionales. Por no hablar de los socialismos reales, que persiguieron sus políticas sociales con la supresión de las libertades y con la estatalización y burocratización disciplinaria de la economía.

En suma, las políticas del *Welfare* se han desarrollado sólo en parte dentro de las formas propias de un estado social de derecho, basado en los derechos sociales y en adecuadas funciones e instituciones de garantía, primarias y secundarias, como tales separadas e independientes de las funciones políticas de gobierno. Son múltiples las razones de esta carencia: el desarrollo, político en su totalidad, del estado social, como se ha dicho, previo a la positivización de los derechos sociales; el desinterés de la tradición liberal por tales derechos y la desvalorización del derecho por parte de la tradición socialista; la resistencia opuesta por la cultura jurídica y política a los derechos sociales, negándoles durante mucho tiempo la naturaleza de «derechos» y también por la ya señalada confusión entre derechos y garantías (primarias) de satisfactoriedad y (secundarias) de justiciabilidad[185]; la mayor dificultad técnica, unida al mayor coste económico, de la elaboración de formas eficaces de garantía positiva para algunos derechos; la inteligencia, en fin, de la separación

de poderes en el plano institucional, y antes aún en el teórico, según el antiguo modelo de Montesquieu, que concibe la independencia del ejecutivo y del legislativo únicamente frente a la función judicial de garantía secundaria, y no en relación con las funciones y las instituciones de garantía primaria, atribuidas a la Administración Pública, colocada a su vez bajo la dependencia del poder ejecutivo.

Una de las tareas principales que hoy incumbe a la teoría jurídica de la democracia constitucional, es reconsiderar el estado social bajo las formas del estado constitucional de derecho. Así como no es imaginable el «liberalismo» al margen del paradigma del «estado liberal de derecho», del mismo modo el «socialismo», tras la quiebra de los diversos socialismo reales, tampoco sería concebible sino bajo las formas del «estado social de derecho». De un lado, a través de su articulación en las funciones de garantía, primarias y secundarias, de las distintas clases de derechos sociales —a la subsistencia, el trabajo, la salud, la educación— y la configuración de su eventual ausencia como indebidas lagunas imputables a la esfera pública; del otro, sobre la base del desarrollo de instituciones de garantía independientes, a su vez primarias y secundarias, separadas funcional y orgánicamente de las propiamente políticas de gobierno, mediante las leyes de actuación que impone la constitucionalización de tales derechos. En definitiva, junto al viejo *garantismo liberal*, es necesario desarrollar un *garantismo social*, que no pertenece al paradigma del constitucionalismo clásico, sino al constitucionalismo rígido de la segunda posguerra, y que, sin embargo, no es incompatible con él sino que representa una condición esencial de su efectividad. Y es que, en efecto, en contra de las tesis del virtual conflicto entre derechos fundamentales y de una suerte de «suma cero» en lo relativo a los efectos de su tutela, recordadas en el § 13.13, existe un doble nexo entre democracia social y democracia política y liberal, entre derechos sociales y derechos políticos y de libertad, en virtud del cual la garantía de los primeros no sólo no va en perjuicio de la de estos últimos, sino que la complementa.

Ante todo, existe un nexo axiológico, que consiste en el hecho de que la satisfacción de los derechos sociales asegura los «pre-requisitos» de la democracia política[186]. Es lo que afirma el ya recordado artículo 3.2.º de la Constitución italiana, que impone a la República el cometido de «remover los obstáculos de orden económico y social» que limitan «de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos». Sólo si se satisfacen los derechos sociales —de la subsistencia a la educación, de la salud a la información— los propios derechos individuales estarán de hecho garantizados. En efecto, las garantías de los primeros aseguran los presupuestos materiales de los segundos —las «capacidades fundamentales» necesarias para su ejercicio, en palabras de Amartya Sen[187]—, y esto tanto si se trata de derechos de libertad como de derechos políticos y civiles de autonomía. No sólo. En sociedades como las actuales, cada vez más interdependientes, aquéllas representan un factor indispensable de cohesión social, y, por ello, de ese tanto de igualdad material, de recono-

cimiento recíproco, de solidaridad e identidad colectiva que es asimismo un presupuesto esencial de la democracia política.

Pero, aunque pueda resultar paradójico y por altos que sean sus costes, también en el plano económico la dimensión social de la democracia está ligada a las demás dimensiones por una relación de complementariedad y de sinergia. En efecto, como se ha visto en el § 13.13, el gasto social dirigido a satisfacer los cuatro tipos de derechos —a la subsistencia, la salud, la educación y la información— de los que hablaré en los parágrafos que siguen, es a medio y largo plazo la forma de inversión más productiva para el desarrollo económico, civil y político. Tratándose de los derechos de libertad, es obvio, pueden determinarse normativamente sus límites (por ejemplo, la prohibición de injuriar, de reunirse portando armas, de asociaciones para delinquir) pero no sus contenidos, ya que no cabe prever los infinitos comportamientos en que se traduce su ejercicio. Distinto es lo que sucede con los derechos sociales, pues mientras que son predeterminables sus contenidos, no así sus límites, variables a tenor de las circunstancias y, sobre todo, del grado de desarrollo económico y civil. Pero es cierto que cuanto más altos sean estos límites, tanto mayor será no sólo el bienestar de las personas, sino la efectividad de todos los demás derechos fundamentales.

Por lo demás, sobre este segundo nexo se puede argumentar también *a contrario*. Ya se ha recordado en el capítulo XIII cómo el desarrollo de la democracia y a la vez el de la economía se han producido únicamente en países que habían resuelto el problema de sus mínimos vitales, asegurando a todos subsistencia, salud y educación, mientras que los países en los que ni siquiera está asegurada la reproducción de la fuerza de trabajo están condenados al subdesarrollo. Una segunda confirmación de este nexo la ofrece hoy la crisis en curso de nuestras democracias avanzadas, en las que la reducción de las prestaciones del estado social generan exclusión, conflictividad endémica, indiferencia política, incremento de la criminalidad y de la reclusión carcelaria (aparte de todo cada vez más costosa). Es un perverso círculo vicioso: la reducción de las garantías sociales provoca marginación, que a su vez genera el ulterior empobrecimiento de los sectores marginados y, con ello, el crecimiento de la inseguridad y de las tensiones sociales.

15.18. *Las garantías de los derechos sociales y sus lagunas. Funciones e instituciones de garantía, primarias y secundarias. Los vínculos presupuestarios*

Según se ha visto en los §§ 10.11 y 13.13, los derechos subjetivos, y específicamente los derechos fundamentales, son habitualmente situaciones moleculares complejas. Los derechos sociales, en particular, consisten principalmente en expectativas positivas de prestación. Pero incluyen también expectativas negativas de no lesión. Por ejemplo, el derecho

al trabajo incluye no sólo el derecho a tener una ocupación, sino también el derecho a no ser despedido sin justa causa. El derecho a la salud incluye no sólo el derecho a la asistencia sanitaria en caso de enfermedad, sino también el derecho a no sufrir perjuicios o amenazas para la salud por causa de contaminaciones atmosféricas o adulteraciones alimentarias. El derecho a la educación incluye no sólo el derecho a recibir enseñanza gratuita, sino también el de no ser discriminado en la escuela por motivos de sexo o nacionalidad. Es claro que las expectativas negativas incluidas en estos derechos no plantean particulares problemas de garantía, primaria ni secundaria. Sus garantías primarias son garantías negativas que consisten en prohibiciones, cuyas violaciones integran actos inválidos o actos ilícitos, sancionables o reparables mediante las garantías secundarias o jurisdiccionales, al igual que las de los derechos de libertad.

Los mayores problemas relativos a los derechos sociales son, en cambio, los generados por su forma lógica de expectativas positivas universales y por las garantías positivas que éstas requieren. Así pues, de un lado los problemas relativos a sus *garantías primarias*, consistentes en deberes positivos absolutos, es decir, *erga omnes*, a cargo de la esfera pública, como se ha visto con las tesis T11.103 y T11.108; del otro, los relativos a sus *garantías secundarias*, que consisten en los remedios previstos para sus violaciones, es decir, para el incumplimiento o, peor, para la falta de garantías primarias. En materia de derechos fundamentales, estas dos clases de garantías son las que sufren mayores carencias de elaboración teórica y de instrumentación institucional.

Las *garantías sociales primarias* plantean, sobre todo, problemas de carácter económico y político, principalmente dos. El primero es que, más que las garantías de los derechos de libertad, tienen un coste económico, aunque, en último término, no mayor del que comporta su satisfacción de forma paternalista y clientelar. El segundo, vinculado al primero, es que su cumplimiento, por lo general, implica una pesada y compleja mediación burocrática, que es fuente de discrecionalidad y a veces de corrupción, iniquidad e inefectividad. Ya he hablado de la primera cuestión en el § 13.13 y en el precedente, donde se ha visto que la garantía de los derechos sociales, por económicamente costosa que resulte, lo es bastante menos que su ausencia o violación; y que, por consiguiente, no es sólo una condición de la democracia social y una precondición de la democracia política y liberal, sino también un factor esencial del crecimiento económico y de la propia democracia civil. La segunda cuestión tiene que ver con la organización de las instituciones primarias de garantía encargadas de la satisfacción de los diversos derechos sociales, como escuelas, hospitales, entes asistenciales y de previsión social.

Estas instituciones y las funciones que les corresponden deben satisfacer los requisitos de independencia y de separación de las instituciones de gobierno, tanto en el plano orgánico como en el funcional, que es lo exigible en la democracia constitucional a todas las funciones de

garantía (T12.115). En efecto, al consistir su ejercicio en la aplicación sustancial de la ley (D12.12), su fuente de legitimación no está en la representatividad política y el principio de mayoría, sino en el principio de legalidad y, a la vez, en el carácter universal de los derechos que garantizan. Ciertamente, no son criterios políticos o de mayoría los que presiden, por ejemplo, la asistencia sanitaria, la enseñanza obligatoria o la previsión social, sino sólo la satisfacción de los respectivos derechos fundamentales. De aquí se sigue la necesidad de desplazar tales funciones e instituciones fuera de la esfera de decisión y del control político, a diferencia de lo que ocurre en nuestra tradición administrativa. Y también la exigencia de reducir lo más posible el carácter discrecional y facultativo de las mismas y de acentuar su carácter vinculado y cognoscitivo, de manera análoga a lo que sucede, según una tradición consolidada, con las clásicas funciones e instituciones de garantía secundaria que son las judiciales (D12.19, T12.58-T12.61, T12.68-T12.69).

En esta perspectiva, a mi juicio, la indicación teórica más fecunda en lo relativo a la forma y la estructura de las garantías sociales primarias positivas es la que proviene de un principio de carácter general que tiene un valor al mismo tiempo jurídico, económico y político. Un derecho social podrá ser garantizado de manera tanto más igualitaria, plena, simple y eficaz en el plano jurídico, tanto menos costosa en el económico y tanto más a cubierto de la discrecionalidad político-administrativa y, con ello, de la selectividad y de la corrupción que la misma alimenta, cuanto más se reduzca la intermediación burocrática requerida para su satisfacción, y mejor todavía si ésta llegara a eliminarse mediante el establecimiento de una garantía *ex lege*, igual para todos y prestada en forma tendencialmente gratuita. Como veremos en los parágrafos que siguen, los casos paradigmáticos son la renta de ciudadanía garantizada a todos a partir de la mayoría de edad, la escolarización obligatoria durante cierto número de años y la asistencia sanitaria gratuita. En pocas palabras, la satisfacción *ex lege* de los derechos sociales a la subsistencia, la salud y la educación, de forma universal y generalizada. Es claro que las garantías de los derechos sociales, una vez introducidas de esta forma, serán aún más ciertas y efectivas que las de los derechos de libertad, aunque sólo fuera porque el principio *quod factum infectum fieri nequit*, que representa un límite a la reparación de las violaciones de las expectativas negativas, puede ser invertido en el opuesto *quod infectum factum fieri potest*.

El verdadero problema de los derechos sociales —seguramente, el más grave y difícil— es que sus garantías primarias positivas requieren en todo caso una legislación de actuación, es decir, precisamente, la introducción de las instituciones y las funciones de garantía encargadas de satisfacerlos: el sistema educativo, el servicio sanitario, los aparatos destinados a prestar la asistencia y la previsión social. Es obvio que esto vale también para los derechos de libertad, cuya legislación de actuación es esencialmente la penal, idónea para garantizarlos cuando satisfaga el que he identificado como su doble fin justificante, esto es, de un lado, la pre-

vención de las ofensas injustas de los delitos y, del otro, la de las injustas ofensas representadas por las penas arbitrarias o informales. Si faltasen el derecho penal y las instituciones policiales y judiciales, ni siquiera el derecho a la vida estaría protegido de tales ataques y de las reacciones sin reglas contra los mismos. En todos los casos, las garantías, sean liberales o sociales, no nacen simultáneamente con los derechos correspondientes. Al consistir los derechos fundamentales en normas téticas (T11.20), su garantía, según se ha hecho ver en los §§ 10.19-10.20, 12.13, 13.15 y 13.19, solamente puede asegurarse mediante la introducción de otras normas téticas que establezcan los límites o vínculos correspondientes, y que, sin embargo, aun siendo obligatoria, puede faltar. En otras palabras, pueden producirse las que he llamado 'lagunas primarias' (D10.47, T12.135). En el mundo civilizado, naturalmente, el derecho penal no ha faltado nunca, de manera que, en él, más que problema de lagunas se ha planteado el de las antinomias. Por eso no es casualidad que el paradigma de la democracia constitucional y del estado de derecho naciera, se haya perseguido y desarrollado en el derecho penal, con la imposición de límites al ejercicio de la potestad punitiva —a las normas primarias en tema de delitos y a las normas secundarias en materia de penas y procesos— en garantía de los diversos derechos de libertad. De la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, de reunión y de asociación, que no pueden ser violadas por las normas penales primarias; de la integridad personal y de la inmunidad frente a detenciones arbitrarias, que no deberán serlo por las normas penales secundarias.

En cambio, lo que caracteriza a las garantías de los derechos sociales es el hecho de que la intervención pública que requieren comporta una redistribución de la riqueza. Exige, precisamente, el aseguramiento de niveles mínimos de igualdad y de subsistencia, financiados mediante exacciones fiscales. En sustancia, lo que diferencia las garantías liberales de las garantías sociales es el hecho de que el llamado «velo de ignorancia», para usar la imagen de John Rawls, cubre la introducción de las primeras, que en abstracto garantizan igualmente a todos y, si acaso —según se ha visto en el § 15.13 sobre el encarcelamiento masivo de la pobreza— bastante más a los sectores acomodados que a los pobres; sin embargo, no cubre la introducción de las segundas, que precisan de la imposición fiscal progresiva en perjuicio sobre todo de los ricos, para hacer frente al gasto social, destinado en particular a los más pobres. Es así como se explican el desarrollo del derecho penal y la falta de desarrollo de un derecho social. En definitiva, las lagunas primarias de las garantías sociales no tienen nada de inevitable. Son fruto de opciones políticas abiertamente discriminatorias, que, además, en las actuales democracias, chocan con el dictado constitucional.

De este modo, en el plano jurídico e institucional, el problema se traduce en el de los posibles remedios aptos para hacer frente a los incumplimientos legislativos que son las lagunas (de garantías) primarias (D10.47), claramente de mucha mayor gravedad que las contingentes

violaciones de las (existentes) garantías primarias. Paso así al segundo problema de los derechos sociales, el de las *garantías sociales secundarias*, relativo a la determinación y la remoción o reparación de las lagunas primarias de garantías y de la consiguiente inefectividad estructural (D10.53-D10.55) de los correspondientes derechos. ¿Cómo se puede asegurar el cumplimiento por el legislador de su obligación de introducir las correspondientes garantías primarias y las correlativas funciones e instituciones de garantía, impuestas por la constitucionalización de los derechos sociales? ¿Como vincular a las instituciones de gobierno a invertir en gasto social? ¿Cómo obligarlas a cumplir los deberes constitucionales que les impone la constitucionalización de los derechos sociales? Ya he hablado, en el § 13.19, del control de constitucionalidad por omisión impuesto por el paradigma del constitucionalismo rígido. Pero se ha visto también sus límites estructurales. Aunque no deba infravalorarse su importancia a los fines de la responsabilidad política de los órganos legislativos incumplidores, un control de ese género, incluso en los ordenamientos que lo prevén, está destinado a resolverse en recomendaciones y solicitudes no vinculantes por parte de los tribunales constitucionales.

No obstante, hay una medida a la que podría asociarse ese control. Me refiero a la introducción en las cartas constitucionales de rígidos vínculos presupuestarios en materia de gasto social, mediante la estipulación para cada derecho social constitucionalmente establecido de la cuota mínima del presupuesto del Estado que debe destinarse a su garantía; por ejemplo, el 25% a la educación, otro tanto a la sanidad y similares. Tal garantía positiva permitiría al tribunal constitucional censurar las leyes financieras que derogasen esos límites. Además, conferiría mayor transparencia a las políticas económicas y sociales de las instituciones de gobierno; acentuaría su responsabilidad política; serviría, en fin, para una más atenta, informada y consciente participación de los ciudadanos en las opciones gubernativas en materia de gasto público, evidenciando sus beneficios y no sólo sus costes, y ofreciendo criterios más claros para la valoración y la comparación de las propuestas programáticas de los diversos partidos y formaciones.

Menos problemáticas son las garantías sociales secundarias, una vez introducidas las garantías primarias —por ejemplo, la escolarización obligatoria, la asistencia sanitaria gratuita o la renta mínima de subsistencia— y por tanto la posibilidad de detectar y eliminar sus posibles violaciones. La experiencia jurisprudencial, al desmentir el lugar común de la no accionabilidad de los derechos sociales, ha mostrado los ulteriores espacios de justiciabilidad de los mismos y de exigibilidad de las prestaciones que forman su contenido ante las tradicionales jurisdicciones civil, penal y administrativa[188]. Piénsese, por ejemplo, en Italia, en las normas del Estatuto de los Trabajadores de 1970, que introdujeron instrumentos originales de tutela del derecho a la salud en los centros de trabajo; o también en la amplia utilización de las resoluciones por vía de

urgencia, previstas en el artículo 700 del Código Procesal Civil italiano, para la tutela de muchos derechos sociales no satisfechos. De otro lado, nada impediría ampliar los poderes de los jueces civiles y administrativos permitiéndoles, en caso de lesión de derechos subjetivos, el control sobre las decisiones de la Administración Pública, actualmente excluido fuera de los casos de violación de ley, incompetencia o exceso de poder. Como bien se sabe, detrás de este impedimento está el principio de la incontrolabilidad del poder soberano y, por otra parte, el de la separación de poderes, es decir, de la no interferencia del poder judicial en la discrecionalidad administrativa. Pero es claro que en la democracia constitucional el primero es insostenible y el segundo impertinente, al ser la satisfacción y la violación de los derechos fundamentales competencia, no de las instituciones de gobierno, sino de las de garantía, primarias y secundarias, respectivamente.

Si se entendiera que las tradicionales jurisdicciones existentes son inadecuadas, dada la gran cantidad y variedad de las funciones garantistas requeridas por la democracia social, podría muy bien diseñarse una nueva y más compleja articulación de las instituciones de garantía secundaria. La hipótesis, que aquí me limitaré a enunciar y que exigiría una reflexión más profunda, es la de una específica jurisdicción social o de derecho objetivo, activable no sólo por los particulares sino de oficio por un defensor cívico o un ministerio público creados para ese fin, con objeto de detectar y prevenir ilícitas lesiones o incumplimientos de derechos sociales o de intereses públicos, algo que va mucho más allá de la intervención casual, costosa y escasamente eficiente de la justicia civil, penal o administrativa. Pienso en las agresiones al medio ambiente, la salud, la higiene y la seguridad en los lugares de trabajo; o en las carencias y disfunciones graves en los centros de enseñanza, en la sanidad o en otros servicios públicos. En tales casos, las partes perjudicadas o puestas en riesgo raramente se movilizan por falta de conciencia de los daños o de los peligros y por los costes y las cargas que conlleva el juicio. No es más eficaz la intervención penal, posterior al daño y dirigida a sancionarlo más que a prevenirlo, salvo el recurso a figuras de peligro abstracto, antigarantistas, como se ha visto. Por otra parte, lo que importa en esta clase de casos, cada vez más frecuentes y numerosos en la sociedad actual, es la identificación y la evitación del daño o del peligro, así como la aplicación de una medida de seguridad o la instalación de una estación depuradora, o bien la orden de poner término a una determinada producción nociva; decisiones éstas que debería tomar un juez, pues requieren determinar la concurrencia de ciertos presupuestos legales, pero sin los costes penales y tantas garantías procesales —del principio de culpabilidad a la presunción de inocencia— como conlleva la justicia penal.

Por lo demás, una similar expansión de la jurisdicción está justificada también por la expansión de la figura de los derechos subjetivos a todas aquellas expectativas que, conforme a las tesis formuladas en los

§§ 10.13 y 10.16 sobre la relación deberes/derechos, podemos llamar *derechos implícitos*, pues siempre que existen deberes frente a alguien, aun cuando tengan conexión con los poderes, existen también derechos (T10.170-T10.173, T10.175, T10.177, T10.214-T10.215). Así como a los deberes (relativos o *erga singulum*) asociados a las funciones privadas, por ejemplo, de los administradores de una sociedad comercial o de un representante voluntario, corresponden derechos de cada uno de los socios o representados (T10.185, T10.233), del mismo modo, a los deberes (absolutos o *erga omnes*) inherentes a las funciones públicas, encargadas de la satisfacción de los intereses generales, corresponden derechos de todos (T10.179, T10.231). No serán siempre derechos de rango constitucional, pero siempre serán derechos implícitos de carácter universal y, por tanto, fundamental, cuya efectividad requiere garantías secundarias o jurisdiccionales (D10.51). Así, se hablará de derecho al justo proceso, entendiéndose con tal expresión el derecho a la prueba, al juicio contradictorio y a las garantías del juez natural y de su independencia e imparcialidad; de derecho a la imparcialidad de la Administración Pública; de derecho a la tutela de los intereses generales, y no particulares o personales, por obra de las funciones de gobierno. No se trata de una mera cuestión de palabras, sino de un aspecto esencial de la democracia. En efecto, considerar derechos sociales a las expectativas correlativas a aquellos poderes-deberes que son las funciones públicas vale para postular la naturaleza funcional, instrumental a los derechos de los ciudadanos, heteropoyética y no autopoyética, de todos los poderes públicos.

15.19. A) *El derecho a la subsistencia. Derecho a los mínimos vitales y a la renta social universal*

Como se ha visto, según el pensamiento liberal clásico, la subsistencia estaba asegurada por el nexo entre libre iniciativa, trabajo productivo accesible a todos y propiedad de los frutos del propio trabajo suficientes para la supervivencia. Es posible que ya en el momento de su formulación esta clásica teoría lockeana fuera ideológica en muchos aspectos. Pero al menos hasta la mitad del siglo pasado, cuando todavía la emigración se presentaba como un recurso extremo contra el hambre y la miseria, tenía cierta plausibilidad. Por eso, hasta hace pocos decenios, pudo representar la base de la doctrina liberal del Estado moderno en la era capitalista, como estado mínimo dirigido a la garantía negativa de los solos derechos negativos a la vida, la libertad y la propiedad, frente a las agresiones ilícitas a que tales bienes estarían expuestos en la sociedad salvaje del *bellum omnium*. En efecto, el fin justificante del contrato social, su cláusula fundamental y a la vez razón social y fuente de legitimación de esa «persona artificial», como la llamó Hobbes, que es el Estado, se agotaban en la defensa de la vida frente a lesiones externas (*ne cives ad arma veniant*). Mientras que la supervivencia quedaba a expensas del

desarrollo económico, imaginado a su vez por Locke como ilimitado, a partir de la convicción del carácter ilimitado de los recursos naturales e inextinguible de la demanda del trabajo destinado a valorizarlos.

Como ya se ha dicho, tales representaciones de la relación entre Estado y sociedad están hoy clamorosamente desmentidas por la realidad. Se ha roto la antigua relación entre autonomía y supervivencia, asegurada por el cambio de trabajo por salario, todo lo injusto que se quiera, pero en principio accesible a todos. También porque, simultáneamente, ha quebrado asimismo la relación histórica entre empleo y producción. Debido al desarrollo tecnológico y, en particular, a las tecnologías informáticas y electrónicas, la tendencia actual —que no parece reversible, sino más bien destinada a crecer— es al aumento de la producción y a la disminución del empleo. No basta la voluntad de trabajar, y ni siquiera la de emigrar, para encontrar una ocupación. El trabajo humano es cada vez más fungible, ya no hay campos a los que retornar ni nuevos mundos a los que emigrar. De ello se sigue la marginación política y no sólo económica y social de la fuerza de trabajo, agravada por la creciente precarización del empleo y por la quiebra de las viejas garantías de los trabajadores de la que se ha hablado en el § 14.18. Como se sigue asimismo la crisis de la legitimación de todo el sistema político, que ya no puede limitarse a la garantía negativa de la vida sino que exige además las garantías positivas de las condiciones materiales y sociales de la supervivencia.

Estas garantías de supervivencia pueden ser de dos tipos, correspondientes a otras tantas políticas sociales en absoluto incompatibles entre sí, como a veces se sostiene, sino, al contrario, complementarias. La primera garantía es la dirigida a satisfacer el *derecho al trabajo*, acompañada del reconocimiento del carácter público de las relaciones de trabajo y de la restauración de sus tradicionales garantías, a partir de la de una relativa estabilidad, como se dijo en el capítulo anterior. Es el camino indicado por el artículo 4 de la Constitución italiana, que no sólo «reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo», sino que obliga a la República a promover «las condiciones que hagan efectivo este derecho». Las garantías más concretas introducidas en apoyo del mismo fueron la prohibición de despido sin justa causa y la obligación de readmitir al trabajador injustamente despedido[189], que son, no obstante, garantías negativas de conservación y no garantías positivas de oferta de un puesto de trabajo. Ciertamente, bajo este segundo aspecto no es posible proyectar políticas y reglas dirigidas a garantizar el empleo, sino sólo a promoverlo, como la reducción de la jornada laboral, la anticipación de la edad de jubilación, el refuerzo de las oficinas públicas de empleo con vista a una tendencial distribución del disponible entre la población activa, la introducción de acciones positivas dirigidas a garantizar la igualdad de oportunidades, sobre todo del trabajo femenino, la introducción, en fin, de reglas y garantías en apoyo de nuevas formas de autonomía del trabajo, al margen del viejo esquema del trabajo dependiente pero también del actual trabajo pseudo-autónomo y, en realidad, más explotado y dependiente.

Sin embargo, esta vía, además de ir en la dirección opuesta a la que hoy prevalece, encuentra límites difícilmente superables en la organización del trabajo y, en cualquier caso, no basta para hacer frente al problema en todas sus dimensiones. Por lo demás, el hecho mismo de que en las actuales cartas constitucionales se enuncie el derecho al trabajo es una confirmación de que el trabajo es un bien raro, en absoluto accesible a todo el que lo quiera. Más allá de las débiles garantías que pueden introducirse para la tutela sobre todo de los que ya tienen empleo, el derecho al trabajo seguirá siendo, por eso, sustancialmente un *derecho débil*, como lo he llamado en los §§ 12.14 y 13.15, ya que está destinado a carecer de eficaces garantías primarias. Entonces, es necesario romper el nexo que hace de la subsistencia una variable dependiente del trabajo. Naturalmente, el trabajo es un factor, no sólo de subsistencia, sino de identidad y de dignidad. Pero esto no comporta que quien carezca de él —aun admitiendo que vea reducida su identidad y dignidad— tenga que ver reducida o perjudicada también la propia subsistencia.

Por tanto, la única garantía capaz de asegurar la subsistencia es el llamado «salario social», «renta mínima garantizada» o «renta de ciudadanía». Es lo que impone el artículo 38.2 de la Constitución italiana, que establece que «los trabajadores tienen derecho a que se prevean y aseguren los medios necesarios para sus exigencias de vida» no sólo «en caso de accidente, enfermedad, invalidez y vejez», sino también en supuestos de «paro forzoso» y por consiguiente, de manera explícita, como alternativa a la falta de satisfacción del derecho al trabajo previsto en el artículo 4. Como es sabido, se trata de una garantía en torno a la cual se ha desarrollado una vasta literatura sociológica y politológica[190]. Las múltiples formas imaginadas y elaboradas al respecto pueden agruparse en dos tipos: el salario mínimo garantizado únicamente a los necesitados, previa acreditación de que carecen de una renta suficiente para sobrevivir y/o de otras condiciones, y el conferido de manera indistinta a todos y luego recuperado mediante la exacción fiscal en el caso de las personas con medios.

La primera hipótesis es la adoptada, no sólo en el artículo 38.2 de la Constitución italiana, sino también en el párrafo 1 del mismo artículo, que confiere el «derecho al mantenimiento y a la asistencia social» a «todo ciudadano incapacitado para el trabajo y desprovisto de los medios necesarios para vivir». En Italia se produjo una parcial actuación del mismo mediante la ley 114/1974, de 16 de abril, que introdujo la «pensión social» para el que haya superado la edad de 65 años y esté por debajo de un umbral mínimo de renta, incluso si hubiera carecido de actividad laboral y por eso no hubiese contribuido a la seguridad social. Pero esta hipótesis tiene asimismo cierta realidad en la *Cassa Integrazione Guadagni* —la ordinaria, instituida mediante decreto legislativo 788/1945 de 9 de noviembre, y la extraordinaria, introducida con la ley 1115/1968, de 5 de noviembre, y reformada por la ley 164/1975, de 20 de mayo— que comporta, para determinados periodos de tiempo, una indemnización, discrecionalmente fijada por el gobierno, en favor

de los trabajadores en suspensión de empleo, con horario reducido a causa de crisis industriales o, en cualquier caso, no dependientes de su voluntad[191]. Sin embargo, dejando aparte estas medidas y algunas experiencias de tipo regional, hay que reconocer que, incluso en esta primera y débil forma, el derecho a la subsistencia, al menos en Italia, se encuentra ampliamente inactuado.

La segunda hipótesis es más radical. Se caracteriza por la satisfacción *ex lege* del derecho a la subsistencia, de forma universal y generalizada. También tiene cierta presencia en la Constitución italiana. Como ha sostenido Massimo Severo Giannini, el artículo 42.2, cuando afirma que la ley «determina los modos de adquisición, de disfrute y los límites» de la propiedad «con el fin [...] de hacerla accesible a todos», puede ser entendido, según se dijo en el § 14.19, no sólo como enunciación del principio de igualdad formal en orden a la capacidad de obrar y a los derechos civiles, sino también, puesto que asocia a «propiedad privada» el predicado «accesible a todos», como enunciado «que desarrolla el principio de constitución material de igualdad sustancial (art. 3 de la Constitución italiana)»[192]. En efecto, según esta autorizada interpretación, cualquier forma de propiedad debe resultar «accesible a todos».

Es claro que, en el plano teórico, es esta segunda configuración del derecho a la subsistencia la que le dota de una garantía primaria más segura y eficaz, sin acreditar siquiera un estado de necesidad, mediante la atribución de un salario mínimo garantizado a todos los mayores de edad, sólo incrementable en razón del número de hijos menores y acaso integrado, a partir de ciertos años, con una pensión de ancianidad. Son múltiples las razones que apoyan esta opción. En primer lugar, es la que mejor se adecua al universalismo de los derechos fundamentales, haciendo posible su más plena y automática formalización. En segundo lugar, de este modo, se excluiría cualquier connotación caritativa, eliminándose también el riesgo de que la prestación pudiera operar como un estigma social de la carencia de trabajo y la pobreza. En tercer lugar, es la única medida que, asegurando los mínimos vitales, puede conciliarse con las actuales formas (en algunos casos casi irreversiblemente) flexibles de las relaciones de trabajo, sustrayendo a los trabajadores al chantaje de la máxima explotación y reforzando su autonomía negocial y su fuerza y poder contractual. En cuarto lugar, comportaría una ventaja, sobre todo, para los sujetos más débiles, comenzando por los jóvenes y las mujeres, aunque sólo sea porque favorecería su liberación de los vínculos domésticos. En fin, y en quinto lugar, serviría para reducir la mediación burocrática requerida por la verificación de las rentas o de los diversos tipos de estado de necesidad, que es una fuente inevitable de costes, ineficiencias, posibles iniquidades, privilegios y discriminaciones, y a la vez, de eventuales limitaciones de la libertad derivadas de la formación de listas y de los controles sobre los necesitados[193]. Pero es claro que esta segunda hipótesis no excluye la primera, a partir de la cual puede ser perseguida mediante pasos graduales y modulaciones.

Es obvio que el principal problema que plantea la garantía de una renta mínima universal, al igual que el resto de las garantías *ex lege* de los derechos sociales, es el de su financiación, que requeriría modalidades de exacción fiscal sobre todas las demás rentas y de tal modo progresivas que permitieran recuperar su coste; por ejemplo, recuperando en todo o en parte la renta mínima de todos los que tengan rentas claramente superiores y acentuando la progresividad de los impuestos sobre las que fueran más altas todavía. Pero yo creo que es aplicable aquí el principio general enunciado en el parágrafo precedente. Garantías *ex lege* de este tipo, confiadas a los automatismos que hace posible el universalismo de los derechos garantizados —la renta social universal, como la educación y la asistencia sanitaria para todos, gratuitas y obligatorias— son las únicas que confieren a los derechos sociales una segura efectividad, al realizar niveles mínimos de igualdad sustancial. Y aunque sean costosas, quizá lo fueran bastante menos que las que consisten en dispensar las mismas prestaciones de forma discrecional y selectiva, con los enormes gastos y despilfarros que ocasiona la selva de aparatos burocráticos y los complejos procesos de verificación que tal sistema conlleva.

En definitiva, la experiencia de la corrupción y la ineficiencia que padecen las actuales democracias nos enseña que el objetivo de una reforma racional de la Administración Pública informada por la máxima reducción de la mediación burocrática y, a la vez, por la máxima transparencia y simplificación, converge ampliamente con la indicación estratégica de la *formalización* y la *universalización* de las prestaciones requeridas por los derechos sociales, como las técnicas de garantía más idóneas para obtener el máximo de igualdad, automatismo y, por consiguiente, de efectividad. El aseguramiento de mínimos vitales para todos, al hacer abstracción de condiciones particulares y de decisiones selectivas y potestativas, permitiría, de un lado, una radical desburocratización del estado social bajo la enseña de la transparencia y de una restaurada y simplificada legalidad, de otro, una tutela del derecho a la subsistencia, desde luego, más formalizada, más eficaz y más garantista que la prevista para los derechos de libertad.

15.20. *B*) *El derecho a la salud*

El segundo derecho a la supervivencia, corolario igualmente del derecho a la vida, es el derecho a la salud. Es también un derecho que se ha afirmado con el constitucionalismo actual, entre otras cosas porque sólo gracias al extraordinario desarrollo de las técnicas terapéuticas de la medicina y a los progresos de la farmacología producidos en los últimos decenios se ha hecho seriamente posible vencer a las enfermedades y alargar la vida. Por este motivo el derecho a la salud aparece sólo en las cartas constitucionales del pasado siglo, mientras que habría tenido poco sentido en las decimonónicas. En Italia, en particular, está sancionado en el artículo 32

de la Constitución como «fundamental derecho del individuo e interés de la colectividad»; y ha recibido actuación de la ley 833/1978, de 23 de diciembre, que instituyó el Servicio Sanitario Nacional, cuya función es la asistencia sanitaria gratuita para todos a través de la prevención y la curación de cualquier enfermedad. Además, el artículo 35 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea establece que «toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales»; un derecho, se añade, para cuya actuación no basta con que se asegure un nivel mínimo, sino que es preciso que resulte «garantizado un elevado nivel de protección de la salud humana».

Por lo demás, el derecho a la salud se configura como un derecho típicamente molecular[194]. Que, de una parte, incluye un derecho negativo de inmunidad garantizado por la prohibición de lesiones: que el aire y el agua no sean contaminados, que no se comercialicen comidas adulteradas, dicho brevemente, que no se ocasionen daños a la salud; y, de otra, un derecho positivo, típicamente social a la erogación de prestaciones sanitarias.

En este segundo sentido, el derecho positivo a la salud, dada su universalidad, sólo podrá ser garantizado a todos si sus garantías positivas se encomiendan a la esfera pública. Pues, en efecto, si como derecho negativo es un derecho absoluto, es decir, *erga omnes* (D10.32), como derecho positivo es prevalentemente un derecho relativo (D10.33) al que corresponden obligaciones de prestación a cargo de las instituciones públicas. Aparte de la prohibición penal de la omisión de socorro, que incumbe a todos e implica un deber excepcional de socorrer a personas heridas o en situación de peligro, hay sólo dos casos de garantías positivas obligatoriamente impuestas a los particulares, que son las de asistencia y cuidado a cargo de los padres, en la familia, y las en parte más bien negativas, a cargo de los empleadores en los centros de trabajo. «El empresario», dice el artículo 2087 del Código Civil italiano, «está obligado a adoptar en la gestión de la empresa las medidas que, según las particularidades del trabajo, la experiencia y la técnica, sean necesarias para proteger la integridad física y la personalidad moral de los trabajadores»[195], norma de clausura ésta que es subsidiaria de las relativas a accidentes de trabajo, higiene o condiciones ambientales de los centros de trabajo, que prescriben (o prohíben) medidas específicas para los distintos tipos de éste. Además, en esos lugares, el artículo 9 del Estatuto de los Derechos de los Trabajadores prevé también una garantía secundaria del derecho a la salud: «Los trabajadores, a través de sus representantes, tienen derecho a controlar la aplicación de las normas para la prevención de accidentes y enfermedades profesionales y a promover la investigación, elaboración y actuación de todas las medidas idóneas para proteger su salud y su integridad física».

No obstante, sólo la esfera pública puede ofrecer la garantía positiva del derecho a la salud como derecho fundamental de todos[196]. Esto vale, sin duda, para la prevención general de enfermedades infecciosas

y, por así decir, sociales, que ha constituido desde el siglo XIX una típica función del Estado —la «salud pública»— que, ciertamente, no puede confiarse a los particulares. Basta pensar, en el caso de Italia, en las numerosas leyes sanitarias y textos únicos —desde la primera, la piamontesa de 20 de noviembre de 1859 extendida al ordenamiento italiano en 1865— contra la difusión de la viruela, la tuberculosis, el tracoma, la lepra, el tifus, la difteria, las enfermedades venéreas, la pelagra, el tétanos y la poliomielitis[197]. Pero vale además para la salud individual, es decir, para la satisfacción del derecho fundamental de cada uno a la salud que hoy, en sintonía con las ideologías neoliberales reinantes, muchos querrían privatizar.

Cualquier privatización de la sanidad, comenzando por la promovida mediante la sustitución, en todo o en parte, del servicio público por seguros privados voluntarios, tiene el efecto de degradar el derecho a la salud de derecho fundamental a derecho patrimonial de crédito. Los efectos perversos de este sistema pueden comprobarse a través de la experiencia de países, como Estados Unidos, en los que no existe una garantía pública del derecho a la salud. Ante todo, la garantía de éste mediante el aseguramiento sanitario hace vana la universalidad, tanto en el plano objetivo como en el subjetivo, pues, en efecto, el grado de tutela de la salud dependerá de la cuantía de la prima y de las condiciones contractuales y, en todo caso, quedarán sin cobertura todos los sujetos no asegurados. En segundo término, tal sistema discrimina abiertamente a los sujetos más débiles, ya porque sean pobres o porque se trate de ancianos, enfermos o personas que, de algún modo, se hallen más expuestas al riesgo de nuevas enfermedades. En tercer lugar, es inevitablemente bastante más costoso para los ciudadanos que cualquier sistema público por los beneficios que han de obtener las empresas aseguradoras, por los enormes costes del análisis de riesgos de enfermedad futura que precede a la firma de cualquier póliza, así como por la determinación de los presupuestos mismos de la erogación en concreto de la indemnización del seguro. No es casual que en Estados Unidos la asistencia sanitaria esté entre las más costosas y al mismo tiempo entre las más insuficientes de los países avanzados. A lo que hay que añadir que semejante sistema —además de violar el principio de igualdad a través de las diferencias de trato ligadas a la renta y con ello a la cuantía de la prima y, por otro lado, a las condiciones de edad y de salud— tiene consecuencias perversas sobre el empleo y el trabajo. En efecto, como la experiencia estadounidense enseña, las altas primas de seguros que deben pagar los empleadores por sus dependientes están contribuyendo, a causa de la elevación del coste del trabajo aun sin incrementos salariales, a una reducción de las contrataciones, al aumento de las relaciones de trabajo precarias o pseudo-autónomas, al desplazamiento, en fin, del trabajo a los países pobres donde no se requieren garantías de la salud.

En suma, el efecto de la privatización de la sanidad consiste, inevitablemente, en hacer vano el derecho a la salud como derecho funda-

mental; por no igual y, por tanto, no universal; por disponible, al no ser obligatoria su garantía; por fundado ya no en normas téticas sino en actos negociales de tipo contractual. Por esta razón, una privatización integral de la sanidad equivaldría a la verdadera negación, más que a una violación, del derecho fundamental a la salud. Obviamente, esto no impide que junto a las prestaciones públicas, iguales para todos, se permita a cada uno integrar privadamente las propias expectativas en materia de salud y seguridad social, concertando seguros sanitarios o constituyendo rentas vitalicias. Pero debe tratarse de seguros y prestaciones complementarias, y no ciertamente sustitutivas.

Por lo demás, la efectividad del derecho a la salud no puede limitarse a prever diagnósticos y tratamientos preventivos de carácter público y gratuito. Pues, en efecto, y como se ha dicho, se trata de un derecho complejo y molecular, que requiere una multiplicidad de garantías, correspondientes a la pluralidad de los derechos, no sólo negativos sino también positivos, en los que puede ser articulado. Además del derecho a ser tratado adecuadamente en caso de enfermedad, el derecho a servicios idóneos de prevención mediante los estudios y determinaciones que sean precisos; el derecho a obtener todas las informaciones relativas al propio estado de salud; el derecho a participar de las decisiones terapéuticas indicadas a tenor de aquéllas, eligiendo entre todas las posibles y prestando en cualquier caso el propio consentimiento; en fin, el derecho a resarcimiento por eventuales daños injustos[198].

Hay un último derecho, que forma parte del derecho a la salud, y es el derecho a morir con dignidad[199] y a no permanecer presos dentro del propio cuerpo en una inútil y dolorosa agonía. En Italia está comprendido implícitamente en la norma del artículo 32.2 de la Constitución: «No puede obligarse a nadie a un determinado tratamiento sanitario sino por disposición de la ley, la cual en ningún caso podrá violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana». Según esto, queda por tanto excluida cualquier forma de encarnizamiento terapéutico no expresamente requerida por el enfermo; mientras que, a su solicitud, debe admitirse la eutanasia dirigida a liberarlo de tormentos insoportables cuando no existan esperanzas de curación. Se abre, en cambio, un dilema en el supuesto de enfermos terminales sin esperanza alguna de supervivencia, a falta de alguna manifestación de voluntad del interesado; por ejemplo, cuando éste se halle en estado de coma irreversible y, por eso, sin posibilidad de expresarse. Ciertamente, la alimentación artificial de un individuo en tales condiciones es una forma típica de encarnizamiento terapéutico, que choca con la máxima kantiana y puede entrar en contradicción con el respeto debido a la persona, de ese modo reducida a la condición de «cosa» o a la de medio para fines, quizá morales, pero ajenos. Es una medida que, por eso, sólo debería admitirse en el supuesto de que, merced a un testamento biológico o en todo caso a una información segura acerca de las convicciones religiosas del afectado, pueda saberse que, precisamente, el encarnizamiento terapéutico es la decisión más res-

petuosa de su autodeterminación y, con ello, de su dignidad personal. En definitiva, es siempre la voluntad del interesado lo que hay que respetar e interpretar, de acuerdo con el principio de Mill ya recordado, según el cual «el individuo es soberano de sí mismo, de su mente y de su cuerpo».

15.21. C) *El derecho a la educación. Escuela pública y escuela privada. La función pública de la escuela*

Como se dijo en el § 13.13, las garantías de los derechos a la subsistencia y a la salud son las primeras y elementales condiciones no sólo de los mínimos vitales sino también del desarrollo económico y de la producción de la riqueza. Por ello, he añadido, aun siendo costosas, constituyen la inversión productiva más importante. Todo esto, en particular, en las sociedades actuales, caracterizadas por un nexo cada vez más estrecho entre progreso económico y progreso cultural y tecnológico, vale también para la educación, cuyo índice de desarrollo ha sido siempre un presupuesto del despegue industrial y del crecimiento de la riqueza. Como he recordado, Amartya Sen explica el extraordinario crecimiento económico de Japón en el siglo pasado y después el de China en los últimos decenios con el hecho de que a mitad del siglo XIX la tasa de alfabetización de la población japonesa era ya superior a la europea; que entre 1906 y 1911 se dedicó a la educación el 43% del presupuesto; que en 1913, en el Japón económicamente subdesarrollado se publicaba casi el doble de libros que en Estados Unidos; que, en fin, el actual desarrollo económico de China se debe en gran parte a la «promoción de las oportunidades» generada por la educación garantizada en años pasados[200]. Por lo demás, es la misma tesis sostenida por Alexis de Tocqueville que, ya a comienzos del siglo XIX, explicó el desarrollo industrial de Estados Unidos por una difusión de la enseñanza elemental mayor que la europea, y, al mismo tiempo, por el mayor índice de igualdad y democracia[201].

En el derecho a la educación[202] es útil distinguir dos dimensiones, una subjetiva y otra objetiva. En este segundo aspecto, es obvio que mientras que los menores son los titulares del derecho a la educación, los titulares de la correspondiente garantía, es decir, de la obligación de proporcionar la educación son, de un lado, los padres, y del otro, la esfera pública. Así pues, las expresiones «obligación escolar» y «enseñanza obligatoria», asociadas al «derecho a la escuela» o «a la educación», no aluden a un híbrido «derecho-deber», en contra de lo que suele decirse. Simplemente designan las garantías primarias correspondientes al derecho a la educación, que es un derecho para los menores y un deber para los padres y para las instituciones educativas. Como veremos, la educación es siempre una función pública de garantía primaria (T11.149). No sólo la encomendada a la escuela pública, sino también la asociada a las funciones educativas de los padres que, como ya se ha dicho, no son potestades (D10.7) sino, precisamente, funciones (D10.6).

Bastante más compleja es la cuestión del objeto. ¿Qué quiere decir «educación»? ¿Cuál es la naturaleza y el papel de la escuela «abierta a todos», como dice, por ejemplo, el artículo 34 de la Constitución italiana? Es algo que no puede darse por descontado. Se trata de una cuestión sobre la que se confrontan diversas concepciones —católicas y laicas, tecnicistas y humanistas, privatistas y publicistas— no sólo de la educación sino antes aún de la persona, de la sociedad y de la propia democracia. Cabe distinguir tres tipos de contraposiciones en la concepción de la educación que guardan relación con otros tantos problemas en el actual debate sobre el papel de la escuela.

Ante todo: ¿debe ser la escuela un lugar de educación en determinados valores y de aprendizaje de determinadas creencias, por ejemplo los valores y las creencias recibidas de la religión, las culturas políticas dominantes o las tradiciones familiares o nacionales, o más bien un lugar de educación para la libertad de pensamiento y la razón crítica? ¿Debe inculcar certezas o educar en la duda? En segundo término, la escuela ¿debe consistir en un simple aprendizaje orientado a la inserción de los jóvenes en el mundo del trabajo como productores o consumidores o, más bien, constituir el momento primario de la formación cultural de base y de la maduración civil de la persona y el ciudadano? En tercer lugar, ¿debe la escuela seleccionar grupos dirigentes, diferenciándose en una de *élite* y otra de masas, y de este modo reproducir y tal vez acentuar las desigualdades y jerarquías presentes en la sociedad, o, por el contrario, ofrecer a todos iguales oportunidades, como factor de inclusión, de integración y, por tanto, de remoción de los «obstáculos de orden económico y social» que, como dice el artículo 3 de la Constitución italiana, «limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana»?

La propia Constitución italiana ofrece una respuesta a estas demandas de fondo. Al establecer en el artículo 34 que «la escuela está abierta a todos» y haciendo «la enseñanza inferior, durante al menos ocho años, obligatoria y gratuita», la concibe como un derecho fundamental de la persona, universal, intangible e indisponible, situándolo entre los elementos constitutivos de la igualdad jurídica. La misma configuración del derecho a la educación se encuentra en sus primeras constitucionalizaciones: «Se creará y organizará» estableció el título I de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1971, «una Educación pública, común a todos los ciudadanos, gratuita en las partes de la enseñanza indispensables para todos los hombres»; «La Educación», ratificó el artículo 22 de la *Déclaration des droits* que precede a la Constitución de 24 de junio de 1793, «es una necesidad de todos. La sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública, y poner la educación al alcance de todos los ciudadanos». Por eso, afirmar que el derecho a la educación es un derecho fundamental quiere decir que forma parte de la esfera pública (T11.138), esto es, de la esfera de los intereses de todos (D11.36), del mismo modo que los deberes que de él se derivan

(T11.139, T11.155, T11.157), en su calidad de funciones públicas. Precisamente, en actuación de estos principios, en Italia, al igual que en la mayor parte de los países europeos, la ley 1643/1962, de 6 de diciembre, estableció la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria durante al menos ocho años.

Pero ¿qué se entiende por «función pública» de la escuela? A mi juicio, dos cosas distintas si bien relacionadas entre sí. La primera, que la escuela *es* una función pública inderogable. Bajo dos aspectos, uno objetivo y otro subjetivo. En primer lugar, porque satisface un derecho fundamental de la persona, ya que, en efecto, al estar «abierta a todos», es un derecho universal, o sea, en interés de cada uno y de todos, cuya actuación es por ello una función pública. En segundo término porque, al menos en Italia, tal función está explícitamente confiada al Estado, que, dice el artículo 33 de la Constitución, debe dictar «normas generales sobre la educación» y crear «escuelas estatales para todos los órdenes y grados», salvo el derecho de los particulares «de instituir escuelas y establecimientos docentes, sin cargas para el Estado». En suma, la escuela «abierta a todos» es sólo la pública, mejor dicho «estatal», no sustituible por la privada; y el derecho a la educación es el de acceder sólo a la escuela pública, y más concretamente estatal, pero no a la escuela privada, evidentemente sólo accesible asumiendo costes privados.

Pero «función pública de la escuela» quiere decir también otra cosa: que la escuela no sólo *es*, sino que también *tiene* una función pública, ligada a la específica naturaleza de las prestaciones que son su objeto. Precisamente, la escuela tiene una pluralidad de funciones públicas, todas de relevancia constitucional y referibles, en última instancia, a los tres clásicos valores de la Revolución francesa que han informado la democracia moderna. La libertad, entendida ya como medio, es decir, como libertad de enseñanza, ya como fin, o sea, como objeto de enseñanza; la igualdad, esto es, la consecución del máximo posible de igualdad en las condiciones de partida; en fin, la fraternidad o, si se prefiere la expresión usada en el artículo 2 de la Constitución italiana, la «solidaridad política, económica y social». En efecto, si examinamos estas tres funciones y los tres valores correspondientes cuya realización es la finalidad de la escuela, es fácil advertir que éstos sólo pueden ser garantizados mediante la gestión pública de la misma, y, en cambio, no podrían serlo por una gestión privada.

Ante todo, la *libertad* en la escuela, es decir, las dos libertades en las que ésta puede ser articulada, que son la libertad de enseñanza como medio y la educación para la libertad como fin. Sólo la escuela pública puede garantizar ambas libertades, desincentivadas y virtualmente irrealizables en la escuela privada, que quiere decir escuela «libre» para quien la instituye, gestiona y controla, pero no, ciertamente, para los enseñantes y los alumnos. Pues, en efecto, no significa libertad *en la* escuela sino libertad *de la* escuela, o sea, ausencia de límites, comenzando por el límite de la libertad de enseñanza, a la autonomía empresarial, esto es, a la

libertad-poder de crear escuelas que muy bien pueden ser ideologizadas, de tendencia, conforme a los cánones —religiosos, ideológicos, empresariales— del que las gestione. Por el contrario, escuela pública equivale a espacio público de libre confrontación, institucionalmente *laico* en tanto que no vinculado a ninguna religión o ideología, y por ello tanto más esencial en una sociedad cada vez más compleja y multicultural como la actual, en la que la laicidad es condición de la convivencia pacífica y del respeto recíproco de las diversas culturas.

De aquí se sigue que los dos tipos de escuela, pública y privada, no son fungibles o de algún modo equiparables, a no ser so pena de desnaturalización de alguna de las dos. Dado que sólo la escuela pública puede garantizar la libertad de los docentes y de los estudiantes, es decir, el pluralismo de las ideas, la confrontación libre y laica, excluyendo estatutariamente cualquier condicionamiento ideológico o de parte. La escuela privada, precisamente por ser «libre» de elegir los propios contenidos pedagógicos y de imponerlos a los enseñantes y estudiantes, puede en cambio limitar la libertad de enseñanza y de aprendizaje. En definitiva, libertad en la escuela y libertad de la escuela están en virtual conflicto: o concurre una o lo hace la otra, sin ninguna garantía en el segundo caso ni para la libertad de enseñanza ni para el derecho a la educación en el sentido aquí ilustrado.

El segundo valor, sólo asegurado, en principio, por la escuela pública, es la *igualdad*, es decir, la igual tutela y valorización de todas las diferencias de identidad, ya sean culturales, religiosas o políticas. Ya que «escuela pública» quiere decir escuela igual para todos, tanto en lo relativo a las posibilidades de acceso y en materia de contenidos, no preordenados en el plano ideológico; como porque, en lo relativo al acceso a la educación, remueve «los obstáculos económicos y sociales» a la igualdad de que habla el artículo 3.2 de la Constitución italiana y ofrece igualdad de oportunidades a todos, al garantizar, con la libertad de enseñanza, el pluralismo y la confrontación de las ideas. Por el contrario, una escuela diferenciada sobre la base de los costes de inscripción y a la vez por la orientación ideológica —como corresponde, por su propia naturaleza, a la escuela privada— es inevitablemente una escuela de clase en lo relativo al acceso y a los contenidos.

Por dos motivos. Sobre todo, porque la dinámica de la competencia está destinada a generar escuelas de clase A y escuelas de clase B, reservadas las primeras a los muchachos y a las familias ricas y las segundas a los muchachos y a las familias pobres. En segundo lugar, porque de este modo degrada el derecho fundamental, igual y gratuito, a la educación a derecho patrimonial intrínsecamente desigual. En efecto, pues como base de la *égalité en droits* todos los derechos fundamentales, incluido el que nos ocupa, están sustraídos no sólo a las decisiones de la mayoría sino también al mercado: son inviolables e inalienables, inalterables e indisponibles. Por eso, establecer normativamente un derecho fundamental quiere decir situarlo fuera del mercado. Restituirlo a éste, al igual que

se ha dicho para el derecho a la salud, equivale a privarle de su carácter de fundamental.

En fin, el tercer valor es la *solidaridad*. La función pública de la escuela ha consistido siempre y consiste en su papel de espacio público de socialización. La escuela pública, precisamente porque abierta a todos de manera igual, gratuita y obligatoria, ha sido, en Italia como en los demás países europeos, el principal factor de unificación nacional, en tanto que lugar de encuentro entre ricos y pobres, entre muchachos de clase, extracción y condiciones económicas diversas y, hoy más aún que en el pasado, entre jóvenes de diversas religiones y culturas. Ha sido y debería continuar siendo, tanto más en la actual sociedad multicultural, un lugar de educación para la igualdad, el conocimiento recíproco, la tolerancia y el respeto de los demás y de los diversos.

Una potenciación de las escuelas privadas unida a una diferenciación de las escuelas públicas bajo la enseña de la competencia conferiría en cambio a la escuela una función selectiva y de separación: los católicos con los católicos, los islámicos con los islámicos, los laicos con los laicos, los ricos con los ricos, los pobres con los pobres, los jóvenes de derechas con los de derechas, los jóvenes de izquierdas con los de izquierdas. En la escuela pública los muchachos son tratados y se perciben como iguales y por eso aprenden el valor de la igualdad. En un ordenamiento educativo fundado de forma prevalente en la escuela privada resultan, en cambio, inevitablemente discriminados o privilegiados desde la formación escolar y son desde ésta educados en la desigualdad.

Por desgracia, en esta triple perspectiva, la función pública de la escuela y los valores civiles que constituyen su fin —libertad, igualdad y solidaridad— están en riesgo de verse comprometidos, por ejemplo en Italia, por las reformas puestas en marcha por el gobierno de centro-izquierda mediante la ley 62/2000, de 10 de marzo, y desarrolladas en 2003 por el siguiente gobierno de centro-derecha: las facilidades y financiamientos en favor de las escuelas privadas; las diferenciaciones previstas dentro de la organización misma de la enseñanza pública obligatoria, con la previsión de itinerarios formativos diversos e incluso con la regionalización de la instrucción pública; el incremento, en fin, de la libertad de elección del tipo de escuela al que llevar a los «propios» hijos[203], mediante la asignación a las familias de los llamados «bonos escuela» sugeridos por el viejo proyecto de Milton Friedman. Se trata de reformas que minan en sus fundamentos el modelo laico, liberal, igualitario y socializador de la escuela pública, por el apoyo que dan a las escuelas privadas —en Italia, sobre todo, católicas— a través de su financiamiento público, aun cuando lo excluye la Constitución, y de su equiparación con las escuelas públicas; por la concepción privatista y mercantil de la institución escolar, que se expresa en la concepción de la cultura y de la formación como mercancías mensurables por su rendimiento económico, y de las escuelas públicas como «empresas» llamadas a competir en el mercado entre sí y con las escuelas privadas; en fin, por

la concepción propietaria de la relación entre padres e hijos, que cambia la educación para la libertad de los segundos por la libertad de los primeros de modelarlos según sus propias convicciones morales, con clara ventaja tanto del mercado escolar como de las escuelas clericales[204].

Si todo esto es cierto, la defensa de la escuela pública, es decir, de la función pública de la escuela, es un momento esencial de la defensa de la democracia. En el doble sentido de que la escuela pública es una precondición de la democracia, como principal factor de inclusión y de integración social y a la vez de formación cívica y cultural; y de que la función pública de la escuela es un elemento integrante de la democracia constitucional, según resulta del universalismo de los derechos fundamentales y también, por tanto, del derecho igual y gratuito a la educación en los que la misma se articula.

Por otra parte, concurre hoy una razón más que hace de la defensa de la escuela pública una defensa de la democracia constitucional y del pluralismo político. El principal vehículo de información y de formación, y a veces de deformación, del espíritu público de adultos y menores de edad, es, desde hace ya muchos años el sistema de información televisiva, que cada vez más, en muchos países, resulta, directa o indirectamente, controlado o gestionado en régimen de colusión con las fuerzas del gobierno. Ahora bien, la escuela pública permanece en la actualidad como uno de los pocos lugares de encuentro y de socialización no homologado, uno de los pocos lazos sociales que todavía sobreviven, tanto más importante porque interviene en el momento delicadísimo y decisivo de la formación de los jóvenes. Su mercantilización, al fortalecer a los sujetos privados fuertes que actúan en el mercado —la Iglesia, las empresas— en perjuicio de la libertad de enseñanza y de la educación para la libertad, y, además, al dividir, discriminar, diferenciar y separar a los jóvenes por razón de sus orientaciones ideales, condiciones económicas y perspectivas de vida, vendría a completar el proceso de homologación y al mismo tiempo, con aparente paradoja, de disgregación social en curso. En pocas palabras, a neutralizar y quizá a subvertir la actual función pública de la escuela.

15.22. D) *El derecho a la información y el principio del pluralismo informativo*

Ya se ha visto en el § 15.7 que la información constituye el objeto de dos derechos distintos: el derecho de información como derecho activo de libertad y el derecho a la información como derecho social pasivo consistente en una expectativa positiva. Se ha añadido que el derecho a la información en este segundo sentido está habitualmente previsto en la mayor parte de las constituciones[205]. En el plano teórico, cabe incluso dudar de la consistencia conceptual de un derecho semejante («to receive information», como dice el artículo 19 de la Declaración Universal

de Derechos Humanos), tanto por la indeterminación de la prestación como, sobre todo, por la imposibilidad de que ésta sea asumida como objeto de un deber.

Sin embargo, según se dijo en el § 15.3, como corolario de ese derecho fundamental primario que es la libertad de conciencia y de pensamiento, cabe concebir, al menos en negativo, un derecho a la no desinformación, es decir, un derecho pasivo de inmunidad frente a la información manipulada. En cambio, en positivo, y gracias a una abundante legislación producida en estos años, sólo se puede hablar de un derecho del individuo a la *información privada* sobre los múltiples hechos que le afectan personalmente: en materia de salud, de composición de los productos alimenticios y farmacéuticos, de las decisiones adoptadas por la Administración Pública[206]. Por el contrario, ha acabado por esfumarse la corrección de la *información pública* sobre los hechos de relevancia e interés general. Ciertamente, como se dijo en el § 15.7, la mejor garantía de tal corrección está en la máxima libertad de información y en su independencia. Pero esta libertad es cosa bien distinta del llamado «derecho a la información», aunque sólo sea porque no es una función, es decir, un poder-deber, sino que en sí misma constituye un derecho fundamental de libertad.

Todo esto no impide que la información sea no sólo objeto de los dos derechos de libertad ahora recordados —la libertad-facultad de información y la libertad-inmunidad frente a la desinformación— sino también, si no de un derecho, sí de un autónomo interés público y colectivo que corresponde a todos y cada uno; que tal derecho o interés pertenezca por ello a la esfera pública (D11.36) y requiera específicas y autónomas garantías que sólo indirectamente se resuelven también en un reforzamiento de la libertad de información; que, en fin, más allá de su explícita y seguramente oportuna previsión como principio constitucional, se encuentre implícito en todos los principios de la democracia política, no importa si entendido como derecho subjetivo, como principio normativo objetivo o como ambas cosas a un tiempo[207].

En efecto, en primer lugar, *ex parte principis*, la transparencia de los poderes públicos y la información sobre su gestión son una precondición elemental de la democracia y antes, más en general, del derecho público. «Se puede denominar *fórmula trascendental* del derecho público a la siguiente proposición: 'Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados'»[208]. Así pues, transparencia e información sobre las cuestiones de interés público son un rasgo esencial de la democracia que Norberto Bobbio identificó en el «gobierno del poder público en público» y, por ello, incompatible con la existencia de «poderes invisibles», como tales sustraídos al control de legalidad del poder judicial, a la valoración de los ciudadanos, así como a la representación y a la responsabilidad política[209].

En segundo lugar, *ex parte populi*, la información relativa a los asuntos públicos es la condición necesaria para el ejercicio del derecho de

voto con conocimiento de causa. Por eso, como escribió Tocqueville, «la soberanía del pueblo y la libertad de prensa son dos cosas enteramente correlativas»[210]. Por otra parte, hoy más que nunca la prensa y la televisión son las fuerzas que más incisivamente plasman el imaginario social y político. Una y otra, bastante más que las instituciones formalmente representativas —parlamentos, consejos regionales y órganos de partido— son las sedes principales de la política y los lugares de la comunicación pública. Tanto que, a falta de garantías de la información, derecho de voto, sufragio universal, representación y responsabilidad política corren el riesgo de convertirse en fórmulas vacías.

La seriedad, corrección y plenitud de la información pública son, pues, esenciales tanto para la transparencia, la legalidad, la representatividad y la responsabilidad de los poderes públicos, como para el control popular y el ejercicio consciente del derecho de voto. Sin embargo, la garantía positiva de estos valores, consistente en la obligación de una información «verdadera»[211], es problemática y peligrosa, porque se halla en virtual conflicto con la libertad de información. Por eso, sus principales garantías radican en el pluralismo de las fuentes de información y en el máximo acceso de todos y cada uno a su utilización. Pero este pluralismo requiere a su vez un rígido sistema de garantías. En efecto, puede ciertamente compartirse la antigua, optimista, invitación de John Milton: «¡Dejemos, pues, que la Verdad y la Falsedad luchen cuerpo a cuerpo! ¿Cuando se ha visto que la Verdad haya llevado la peor parte en un combate libre y abierto?»[212]. Pero, eso sí, a condición de que se haga posible «un combate libre y abierto»; de que, como escribió John Stuart Mill, «los hechos y los argumentos» a los que «las opiniones y las costumbres falsas ceden gradualmente», «se expongan [...] para que produzcan algún efecto sobre los espíritus»[213]. Ya que «sólo podrá tenerse confianza en el juicio humano cuando [éste] tenga constantemente a mano los medios» para la eventual rectificación[214].

Pero se da la circunstancia de que, en los vigentes sistemas políticos, la disponibilidad de estos medios de conocimiento y de refutación de las informaciones por parte de todos no sólo no está garantizada sino que resulta de hecho excluida. Y éste es, tal vez, el límite más grave y la amenaza más fuerte para la democracia actual. El control o, lo que es peor, el monopolio de la información, como se ha mostrado en el § 15.7, son incompatibles, no sólo con la libertad de información y de manifestación del pensamiento, sino también con la democracia política. Porque, como se hizo ver, constituyen un poder cuya concentración, cualquiera que sea la forma, en manos privadas o en las de alguna fuerza política, se convierte en un factor que no sólo hace vana la libertad de informar sino también la información misma y su fiabilidad como presupuestos de la autodeterminación política de los ciudadanos, de la soberanía popular y de la visibilidad y transparencia de los poderes públicos. En otras palabras, si es cierto que la propiedad de los medios de información aplasta el derecho de información como libertad activa, con el que indebida-

mente suele confundírsela, no menos arrumbado y comprometido por ella resulta el interés público de que los ciudadanos sean informados, que es, a su vez, una precondición de la democracia política. De aquí la necesidad de una constitucionalización de las garantías del máximo acceso posible —tanto activo como pasivo— a la información y a la comunicación política, frente a la formación de monopolios u oligopolios periodísticos y televisivos.

En la actualidad, como consecuencia del proceso de concentración de los *media*, en curso no sólo en Italia, además de la ya ilustrada en el § 15.7 entre libertad de información y propiedad privada de los medios de comunicación, se da una segunda confusión, entre información y poder político. En un doble sentido, pues la concentración propietaria de los medios de información no sólo es un poder privado capaz de limitar la libertad de expresión de los periodistas dependientes, sino también un poder político, quizá el más penetrante e insidioso dada su capacidad de deformación y propaganda; y, además, la misma se encuentra cada vez más vinculada por relaciones de intercambio con los poderes institucionales, cuando no llega hasta coincidir con ellos, como en el caso de Italia. Por otra parte, la televisión, a diferencia de los periódicos, que se adquieren por los lectores de uno en uno, es cada vez más claramente un lugar público, caracterizado por su capacidad de invasión de la esfera privada. Es una parte relevante, la más relevante quizá, de la esfera pública tal como la entiende Habermas, decisiva para la formación del consenso y del sentir común. Por ello su apropiación equivale a una apropiación tanto de la libertad de información como de la esfera pública y de la democracia.

Merced a esta apropiación por parte de los poderes económicos privados, ocurre que no sólo las ideas y las informaciones, sino también el poder político y la esfera pública, están llegando a ser objeto de comercio en el mercado. Y éste, por la vinculación y la sinergia inevitables entre dinero, información y política —dinero y propiedad para hacer información, información para hacer política, política para hacer información, información para hacer dinero y acrecentar las propiedades, y así sucesivamente— tiende de forma inevitable y progresiva a la concentración y al monopolio político-privado. Así, la televisión, en la actualidad, se convierte en uno de los más graves, quizá en el principal problema de la democracia política. No solamente en Italia. El fenómeno es global, y se manifiesta, en todos los países occidentales, en la constante expansión de los imperios mediáticos, en la información domesticada y en la deformación y desinformación que ellos imponen a escala planetaria y, sobre todo, en la estrecha alianza de los mismos con los poderes de gobierno[215]. Por otra parte, las concentraciones mediáticas, como demuestra la constante expansión de los imperios Fox y Mediaset, tienden a traspasar las fronteras nacionales, a aliarse entre sí además de con los gobiernos, a imponer una información disciplinada, homologada y homologante.

El conflicto de intereses, que según dije en los §§ 14.2 y 14.6, tendría que llamarse «confusión de intereses» o, mejor aún, «primacía de los intereses privados sobre el interés público», está convirtiéndose, también desde este punto de vista, en una infección general de las actuales democracias, que corren así el riesgo de perder al mismo tiempo su carácter liberal y la forma representativa. Y esto por la progresiva desaparición de la libre información y, al mismo tiempo, de la separación entre política y negocios, entre esfera pública e intereses privados, que, como allí se hizo ver, es el presupuesto elemental de la representación política en tanto que representación de todos los ciudadanos y de los intereses generales. Pues cuando la titularidad de los intereses económicos y mediáticos y de los poderes de gobierno coinciden en la misma persona o grupo de poder, es el propio sistema del estado de derecho y de la democracia política el que está en peligro de retroceder a formas neoabsolutistas y patrimoniales de tipo premoderno.

Es lo que ha sucedido en Italia con la transformación en fuerza política del imperio televisivo, editorial y publicitario de un potente empresario. Una concentración de esta clase sería alarmante en todo caso, con independencia de quién fuera el poseedor, pues equivale siempre a un poder político, amén de económico, apto para condicionar y limitar férreamente la libertad de información, de crítica y de disenso, así como el interés público en una información lo menos manipulada posible. Pero se transforma en una apropiación privada de la democracia, cuando primero se moviliza para constituir un partido de masas con las técnicas del lanzamiento publicitario y luego, conquistado el poder de gobierno y con él también el control de la televisión pública, en el apoyo directo de los intereses privados de su propietario, convertido gracias a aquélla en jefe del gobierno. Hay que añadir que el monopolio privado y político de los medios de información no produce solamente una limitación del pluralismo y de la libertad de opinión e información. Comporta asimismo un pesado condicionamiento de la profesión periodística y un general embotamiento de las conciencias. En efecto, pues a la discriminación, o en cualquier caso a la neutralización de los que no se doblegan, corresponde la corrupción de quienes —periodistas y directores, gestores y programadores—, en cambio, se pliegan, autocensurándose, integrándose, llegando a alguna forma de compromiso. Y le corresponde, sobre todo, la general caída del espíritu público, por ignorancia, desinformación, indiferencia, pasividad, resignación, connivencia.

El gran problema que plantean tales degeneraciones es, pues, el de la elaboración de garantías específicas y autónomas —como complemento de las de independencia de la libertad de información respecto de la propiedad de los *media* ya ilustradas en el § 15.7— para la tutela del derecho o en todo caso del valor constitucional de la información. Una primera garantía es, naturalmente, la *prohibición de concentrar cabeceras* establecida de forma mucho más rígida que las previstas en las legislaciones vigentes. Debería, simplemente, prohibirse a los inversores,

tanto nacionales como extranjeros, la propiedad privada de más de un periódico o red televisiva. Es el único modo de asegurar un efectivo pluralismo y una efectiva diferenciación de los medios de información. Si la función de éstos es ofrecer informaciones, críticas y opiniones, y ser lugares de debate público, no se entiende por qué no habría de bastar una sola cabecera para ejercerla adecuadamente. Como no se entiende por qué motivo no habrían de disponerse las mayores inversiones para reforzarla, para incrementar su calidad y difusión, y no para adquirir y así controlar y neutralizar las cabeceras competidoras. Por lo demás, ya hoy, según he indicado en el § 14.19, mientras que en las actividades empresariales corrientes el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea prohíbe «el *abuso* de posiciones dominantes en el mercado común», en materia de empresas periodísticas y televisivas, estaría prohibida, incluso en Italia, por la sentencia de la Corte Constitucional 420/1994 y después por el artículo 2 de la ley 249/1997, la misma «*formación* de posiciones dominantes», claramente producida en manos de un líder político y posteriormente acentuada por la ley 112/2004, de 3 de mayo. Y en cuanto a las inversiones de escala en las infraestructuras necesarias para la información televisiva —redes, cables, radio-frecuencias, satélites y similares— con las que habitualmente se justifican las concentraciones, bien podrían realizarse confiando la instalación, mantenimiento y en general la gestión económica a la esfera pública (como ocurre con la red de carreteras o la ferroviaria) o también a consorcios neutrales abiertos a todas las empresas, según se está experimentando en Alemania[216].

En segundo lugar, debería reconocerse a las televisiones, sean públicas o privadas, el carácter de lugar y espacio público ahora ya claramente asumido, con lo que resultaría garantizado, por idóneas instituciones de garantía primarias y secundarias, su papel de contrapoderes —el llamado «cuarto poder»—, es decir, la calidad de instrumentos de información, crítica y control del poder, libres de censuras y discriminaciones internas y de constricciones o imposiciones externas. A tal fin debería ponerse a punto una seria *autoridad de garantía de la información*, mediante eficaces poderes de investigación, control e intervención sancionadora, dirigidos a impedir las concentraciones ocultas y, al mismo tiempo, a asegurar la máxima libertad e independencia de los periodistas y de las redacciones tanto frente a los poderes gubernamentales como frente a los económicos y propietarios. Es evidente que una autoridad semejante, para que viera a su vez garantizada la propia independencia, no tendría que ser de designación parlamentaria y con ello, siquiera indirectamente, de emanación gubernativa, como actualmente ocurre con gran parte de las llamadas «autoridades independientes». Al contrario, como institución de garantía separada de las instituciones de gobierno (D12.16, T12.115), tendría que estar formada por miembros electos de las asociaciones de la prensa, o al menos ser un órgano de composición mixta, en gran parte elegido por periodistas y sólo en una cuota minoritaria por elevadas mayorías parlamentarias, siguiendo, por ejemplo,

el modelo del Consejo Superior de la Magistratura italiano. Y al tener, sobre todo, como función verificar la existencia de posibles violaciones legales y garantizar la independencia de la información, no ya de controles sino incluso de condicionamientos políticos de procedencia sobre todo gubernamental, en ningún caso podría ser expresión de la mayoría política.

En tercer lugar, a fin de impedir que la información y la calidad de los servicios dependan de la publicidad, y en consideración a la función pública de las empresas periodísticas y televisivas, sería necesario desincentivar su constitución como sociedades comerciales con fines de lucro y promover su organización como fundaciones o cooperativas, informadas principalmente en la razón social de la información. A tal fin sería preciso, cuando menos para poner freno a la corrupción moral e intelectual masiva provocada por la ínfima calidad de las actuales transmisiones, garantizar la independencia de las redacciones respecto de la propiedad, no sólo —como se dijo en el § 15.7— en los servicios de información, sino en general en toda la programación televisiva. En particular, una medida tan simple como eficaz para elevar la calidad del sistema televisivo y asegurar su independencia sería la previsión de un adecuado financiamiento público, inversamente proporcional a los ingresos publicitarios y a los espacios reservados a la publicidad. Semejante medida serviría, entre otras cosas, para distinguir claramente las televisiones comerciales de las de información. Además, se podrían predeterminar techos máximos de publicidad como forma de favorecer la distribución de los ingresos publicitarios y acomodar a tales techos la medida de la financiación pública. Más en general, como se dijo en el § 15.7, las garantías de autonomía y de libertad de los periodistas, establecidas por un riguroso estatuto de sus derechos, contribuirían a resituar a los *media* en su papel de contrapoderes independientes de la propiedad. Se sabe que las principales razones que motivan la inversión en los *media* responden, más que a las perspectivas de un beneficio empresarial, a la voluntad de adquirir con ellas poder político, tan legítimo en el caso de los periodistas como ilegítimo tratándose de empresarios. Y es claro que este segundo orden de razones se vería fuertemente reducido por las garantías de independencia y de libertad de información de las redacciones, tales como la atribución a éstas del poder de elegir al director y la prohibición de despidos arbitrarios y de interferencias y censuras por parte de la propiedad.

En fin, junto al máximo pluralismo de las televisiones privadas, debería producirse el fortalecimiento del servicio público con una política exactamente opuesta a la de las privatizaciones que hoy prevalece. Como he recordado ya en el § 14.20, en la Constitución italiana existe una norma, el artículo 43, que parece pensada precisamente para este problema, aunque fue escrita cuando aún no existía la televisión: «Con fines de utilidad pública la ley puede reservar originariamente o transferir al Estado, a entidades públicas o a comunidades de trabajadores o de usua-

rios, mediante expropiación e indemnizando, determinadas empresas o categorías de empresa que se refieran a servicios públicos esenciales, a fuentes de energía o a situaciones de monopolio y que tengan carácter de preeminente interés general». ¿Qué «servicio público» es más «esencial» y tiene en mayor medida «carácter de preeminente interés general» que el que ya se ha convertido en la actual arena política, es decir, en la sede más visible, más concurrida, más invasiva y decisiva del debate público y de la formación de consenso? No se olvide que la Corte Constitucional fundó precisamente sobre esta norma, durante decenios, la legitimidad del monopolio estatal del servicio televisivo a escala nacional. La «reserva al Estado» de tal servicio, afirmó aquélla en su sentencia 148/1981, de 21 de julio, se justifica «en vista del fin de utilidad general constituido por la necesidad de evitar la concentración de la emisión radiotelevisiva como monopolio u oligopolio privado». Y añadió con clarividencia: «El aludido aumento de la disciplina de las frecuencias no parece, por cierto, elemento determinante para excluir el peligro de oligopolios privados, dado que una serie de factores de orden económico, con la utilización del progreso de la tecnología, hace que permanezcan los riesgos de concentración oligopolística a través del instrumento de la interconexión y de otros medios de enlace de diverso tipo, bien conocidos, de los que hoy cabe hacer uso en las transmisiones televisivas».

Es obvio que no se trata de restablecer el monopolio estatal, sino tan sólo de evitar los «oligopolios privados» temidos en Italia, hace un cuarto de siglo, por la Corte Constitucional. Temidos, por lo demás, con previsión optimista, visto que, en realidad, aquellos oligopolios se han transformado *de facto* en un monopolio político-privado. Tampoco se trata de reducir ni siquiera de desincentivar las televisiones privadas, sino, al contrario, de asegurar la competencia entre ellas, junto a una fuerte televisión pública, haciendo que sea efectivo su pluralismo. Por otra parte, precisamente por tratarse de un «servicio público» destinado a «fines de utilidad general», la televisión pública podría muy bien ser emancipada de la actual dependencia de la publicidad, volviendo a ser una televisión preferentemente no comercial para cuyo mantenimiento estaría justificado el abono de un canon. Es, pues, evidente que el principio de la separación y del equilibrio de poderes requeriría una administración de la televisión pública encomendada no, como hoy en Italia, a un órgano de designación política y por ello expresión de la mayoría o, en el mejor de los casos, de la distribución de ese espacio entre los partidos, sino a una institución de garantía primaria (D12.17) separada orgánicamente de las instituciones de gobierno, garante al mismo tiempo de la independencia de los periodistas, del pluralismo político y de la máxima e igual posibilidad de acceso para todos.

Separar y garantizar la libertad de información frente a la propiedad invirtiendo el actual modo de relación —ya no la primera sujeta a controles patronales sino la segunda sometida, como poder, a los límites y vínculos exigidos por aquélla—; instituir autoridades de garantía para la

tutela efectiva de la libertad de prensa y de información; impedir toda forma de concentración de la propiedad; hacer los *media* tan accesibles a todos como se pueda; transformar las frecuencias en bienes públicos asimismo accesibles a la generalidad; favorecer con adecuados financiamientos inversamente proporcionales a los ingresos publicitarios y con la creación de instalaciones e infraestructuras comunes a las televisiones no comerciales; afirmar el carácter objetivamente «público» de la televisión en cuanto tal y ampliar el espacio del servicio televisivo en manos públicas: son sólo algunas de las reformas posibles dirigidas a hacer frente al amenazante peligro del gran hermano. Son reformas difíciles, dado que chocan con potentes intereses consolidados. Pero que al menos se tome conciencia de los términos dramáticos del problema. También en este terreno están en juego las libertades fundamentales y la democracia.

15.23. *Legitimación formal y legitimación sustancial. Falsos y verdaderos contrastes. Democracia y equidad social*

Las dos dimensiones de la democracia hasta aquí analizadas —la democracia formal, política y civil, y la democracia sustancial, liberal y social, enunciadas cada una a través de otras tantas clases de derechos fundamentales— corresponden, como se dijo en el § 13.5, a dos distintas fuentes de legitimación de la democracia constitucional: la legitimación formal y específicamente política de las funciones y de las instituciones de gobierno y la legitimación sustancial, tanto liberal como social, de las funciones y de las instituciones de garantía. Además, ambas tienen correspondencia con dos distintas formas de racionalidad: la racionalidad formal, relativa a las formas del poder legítimo y asegurada por el hecho de que éste sea expresión indirecta o directa de la autonomía individual; y la racionalidad sustancial, que guarda relación con los contenidos de las decisiones válidas y está asegurada por los límites y los vínculos impuestos a éstas por los derechos fundamentales de todos.

Histórica y axiológicamente, la segunda dimensión, al menos en lo tocante a los derechos fundamentales, precede a la primera. El *habeas corpus* es anterior al sufragio universal, la *Magna Charta* y el *Bill of Rights* preceden a la democracia parlamentaria. Lo que cuenta es distinguir las dos dimensiones como concurrentes y a la vez convergentes en el plano de la legitimación, pero lógicamente independientes entre sí. En efecto, pues puede darse la primera sin la segunda, como en las perversiones de la democracia de tipo plebiscitario, caracterizadas por un seguro consenso de la mayoría en torno a un jefe; así como puede darse la segunda sin la primera, como ha sucedido en las monarquías constitucionales y en los regímenes parlamentarios liberales antes de la conquista del sufragio universal. Es cierto que en la etapa actual de crisis de la representación política crece el valor de la segunda, tanto más en las democracias opulentas, en las que se ha invertido la relación entre las

clases sociales, pues mientras que en el pasado la garantía de los sectores más débiles descansaba en el principio de mayoría, hoy, en nuestros países ricos, lo hace bastante más en los vínculos garantistas impuestos por el paradigma del estado de derecho. Además, en el derecho internacional, como veremos en el próximo capítulo, la segunda dimensión es con mucho la más importante.

Según se ha visto al analizar el modelo cuatridimensional de democracia diseñado en los §§ 12.18 y 13.4, la técnica elaborada por nuestra tradición jurídica con el fin de asegurar las dos formas de legitimación y de racionalidad consiste en la constitucionalización de las diversas clases de derechos fundamentales —derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales— como normas formales y sustanciales sobre la producción jurídica y por la correspondiente elaboración de garantías idóneas al respecto. Una democracia es tanto más rica y realizada cuanto más numerosos son los derechos incluidos en su constitución y cuanto más efectivas son las garantías de éstos. En otras palabras, cuanto más compleja y diferenciada es su esfera pública, merced a la articulación en funciones e instituciones de gobierno y en funciones e instituciones de garantía separadas unas de otras.

Como se dijo en el § 13.15 y se ha demostrado luego en este capítulo y en el precedente, la democracia constitucional está hoy en crisis tanto en lo relativo a sus funciones de gobierno como en lo que se refiere a sus funciones de garantía. Está en crisis la democracia política y formal a causa de los procesos de confusión y concentración de los diversos tipos de poder, del debilitamiento de las funciones y de las instituciones de garantía, de la consiguiente absolutización de todos los poderes. Poderes políticos y poderes económicos tienden a converger y a confundirse, por el conflicto y el entrelazamiento cada vez más estrecho entre intereses privados e intereses públicos, y al mismo tiempo a liberarse de límites y vínculos tanto políticos como jurídicos. Los primeros al organizarse verticalmente en formas mayoritarias y monocráticas, a través de la simplificación y el vaciamiento de la representación y la desautorización de los parlamentos; los segundos al realizar, también gracias a su desarrollo transnacional, su primacía sobre los poderes políticos y sobre los derechos fundamentales bajo la enseña de consignas como el antiestatalismo, las leyes del mercado y la libertad de empresa.

Pero la crisis de la democracia formal compromete además a la democracia sustancial. En efecto, verticalización, concentración, confusión y vocación absolutista de los poderes públicos y privados equivalen a la actual nueva versión del gobierno de los hombres en lugar del gobierno de las leyes, acreditada por el recurso a la guerra en violación de la Carta de la ONU, la práctica de la tortura, las leyes de emergencia lesivas, como en los Estados Unidos, de las más elementales garantías penales y procesales y, de otro lado, por la progresiva erosión de la esfera pública como conjunto de funciones e instituciones sometidas a reglas y a controles en garantía de los derechos de todos. Hasta tal punto que,

con la reducción de los ingresos fiscales y los gastos sociales, no sólo se debilitan las garantías institucionales de todos los derechos fundamentales, sino que se apunta directamente a la progresiva privatización de la esfera pública y de las funciones que le corresponden. Así, en materia de educación, previsión social, asistencia sanitaria, pero también en asuntos clásicamente reservados a la competencia del Estado incluso en su viejo modelo liberal, como la jurisdicción civil, la ejecución de las penas carcelarias, las funciones de orden público e incluso los de defensa militar, confiados en ocasiones a fuerzas privadas mercenarias. De este modo se mina todo el edificio del estado constitucional de derecho como instrumento de garantía de los derechos fundamentales, degradados a derechos patrimoniales de acceso, evaluables en dinero y negociables, lo que contradice su carácter universal y su rango constitucional, que imponen la sustracción de los mismos al mercado y a las razones del beneficio, y la garantía igual en provecho de todos por obra de la esfera pública.

Por otra parte, el debilitamiento de la esfera pública y de la democracia sustancial retroactúa sobre la democracia política y formal, reduciéndola a gastada delegación sin contenidos. Toda reducción, de derecho o de hecho, del ejercicio de las libertades fundamentales y de la satisfacción de los derechos sociales —tanto más si va acompañada de la ilusión de autosuficiencia de la democracia formal, ya sea política o civil— lleva consigo el riesgo de resolverse en la reducción a la pasividad política, en la reclusión de las personas en sus esferas privadas y en la depresión del espíritu público. «En efecto, resulta difícil concebir», escribió Tocqueville, «cómo unos hombres que han renunciado enteramente al hábito de dirigirse a sí mismos podrían llegar a elegir bien a los que deben dirigirlos, y no cabe hacer creer que de los sufragios de un pueblo de criados pueda alguna vez salir un gobierno liberal, enérgico y sabio»[217].

Así, frente al lugar común del conflicto entre derechos fundamentales, se confirma, *a contrario*, la tesis de su complementariedad, avanzada en los §§ 13.4 y 13.13. Todos los derechos fundamentales se sostienen recíprocamente y cada uno de ellos decae cuando se desvanece la garantía de alguno de los demás. No es concebible una efectiva autonomía en el ejercicio de los derechos políticos sin la garantía de los derechos de libertad, ni ejercicio efectivo de las libertades fundamentales sin la satisfacción de los derechos sociales, desde los relativos a la subsistencia y la salud a los referidos a la educación y a la información. A la inversa, la defensa y, antes aún, la conquista de garantías idóneas de los derechos sociales no son posibles sin la garantía de los derechos de libertad y de los derechos civiles y políticos.

Por consiguiente, no existe contraposición entre los diversos tipos de derechos fundamentales. Tampoco, por tanto, entre legitimación formal y legitimación sustancial de los poderes públicos ni, en consecuencia, entre democracia política y democracia sustancial, y todavía menos entre democracia liberal y democracia social. La verdadera oposición que divide a nuestras sociedades no es, como habitualmente se afirma, la que

existe entre liberalismo y socialismo, entre el valor asociado a la libertad y el asociado a la igualdad. Según se ha visto repetidamente, entre estos valores no existe conflicto sino complementariedad. El verdadero contraste está en la concepción del poder y en su relación con las libertades. Por un lado, la idea del primado de los poderes económicos y, por otro, la de la unidad y el valor intrínseco del poder político en tanto que orgánico a la sociedad, expresión de alguna identidad y voluntad unitaria de todo el pueblo y por ello tanto mejor personificado por un jefe. Por otro, la idea de la complejidad y el desvalor intrínseco del poder, sea político o económico, que reclama el máximo de división y separaciones y, además, la mediación representativa y el compromiso parlamentario entre fuerzas políticas contrapuestas y representativas de intereses en conflicto. De una parte, correlativamente, la reducción de las libertades a la pasividad y la homologación de la igualdad, no importa si se obtienen mediante la porra o con la desinformación, la manipulación y la obnubilación de las conciencias; de la otra, la lucha por el derecho y por los propios derechos frente a las vocaciones despóticas por naturaleza de cualquier poder, público o privado, y por eso el ejercicio activo y conflictual de las libertades como signo y factor de democracia[218]. Como escribió lúcidamente Piero Gobetti a las puertas del fascismo, «la verdadera oposición» más que «entre dictadura y libertad» se da «entre libertad y unanimidad»[219]. El verdadero sueño de todos los regímenes, fascistas o populistas, abiertamente autoritarios o benévolamente paternalistas, es la unanimidad de los consensos en torno al poder; tanto si se obtiene por la fuerza y la represión del disenso, como en los pasados regímenes fascistas, como, mejor aún, si se logra mediante la reducción a la pasividad, el desinterés, el *qualunquismo* y la despolitización.

En la actualidad, ninguna fuerza política, de derecha o de izquierda, reniega de la democracia, los derechos, la igualdad y la libertad, los derechos individuales y los sociales. Pero «el vicio histórico de nuestra formación política» es aún hoy, y quizá más que nunca, el que Gobetti identificó «en la incapacidad de ponderar los matices y de conservar una honesta intransigencia en las posiciones contradictorias, sugerida por el sentido de que las antítesis son necesarias y la lucha las coordina en lugar de suprimirlas»[220]. Es decir, en pocas palabras, en ignorar el nexo indisoluble entre libertad y conflicto, una como instrumento del segundo, el segundo como ejercicio de la primera[221], y en reducir por eso el liberalismo —«carente del sentido de las distinciones y de las luchas prácticas»— «al viejo pensamiento moderado, que no quiere ir a derecha ni a izquierda y pretende enmascarar los propios intereses conservadores haciéndolos pasar por intereses generales»[222].

Es el mismo vicio y el mismo peligro para la democracia que Kant percibió, hace más de dos siglos, en una de sus páginas más lúcidas y clarividentes, en la renuncia de masas crecientes al ejercicio de la «más inocente entre todas [...] la libertad de hacer *uso público* de su razón íntegramente»[223], generada a su vez por la pérdida de la «estimación racional

del propio valer de cada hombre y de su vocación a pensar por sí mismo»[224]. Kant, con extraordinaria actualidad, denunció este miedo y esta minoridad, consistentes en la «imposibilidad de servirse de su intelecto sin la guía de otro»[225], esta «pereza» y esta «cobardía» por las que «tan gran parte de los hombres continú[a] en su estado de pupilo»[226], como la principal amenaza para las libertades: «¡Es tan cómodo no estar emancipado! [...] Si puedo pagar no me hace falta pensar: ya habrá otros que tomen a su cargo, en mi nombre, tan fastidiosa tarea»[227]. Los «tutores, que tan bondadosamente se han arrogado este oficio», ya proveerán a persuadir «a la gran mayoría de los hombres» para que «considere el paso de la emancipación, además de muy difícil, en extremo peligroso [...] Después de entontecer [a] sus animales domésticos y procurar cuidadosamente que no se salgan del camino trillado donde los metieron, les muestran los peligros que les amenazarían caso de aventurarse a salir de él»[228].

Es esta salida de la minoría de edad y de la tutela de los viejos y nuevos patrones lo que hace posible el ejercicio activo de las libertades y la lucha por el derecho y por los derechos. Y es en ella donde reside la primera condición pragmática, de carácter extrajurídico e inmediatamente social, de la democracia constitucional[229]. Hay, además, una segunda condición pragmática de la democracia, asimismo extrajurídica, que depende del crecimiento político y cultural. Es el desarrollo del sentido cívico en torno al valor de la igualdad y de la esfera pública, en oposición a la miopía y a la voracidad del individualismo propietario. «En el gobierno republicano se necesita de todo el poder de la educación», ya que mientras que los gobiernos despóticos se sostienen con las «amenazas y los castigos», las «democracias», escribió Montesquieu, lo hacen sobre la «virtud política»[230], que, añade, no es sino «el amor a la igualdad» que es, «además, amor a la frugalidad»[231]. En efecto, sólo «la frugalidad general» permitirá «gozar [...] [a todos] de las mismas ventajas»[232]. Sólo «el amor a la frugalidad reduce el deseo de poseer al cuidado que requiere lo necesario»[233], liberándonos del deseo, o peor, de la necesidad de lo superfluo. Por eso, afirmó Montesquieu, «las buenas democracias, al establecer la frugalidad doméstica, abrían las puertas a los gastos públicos, como se hizo en Atenas y en Roma»[234]. Pero «para que se ame la igualdad y la frugalidad en una república es preciso que las leyes las hayan establecido»[235]. «Basta establecer un censo que reduzca o fije las diferencias hasta cierto punto, y luego corresponde a las leyes particulares el igualar las desigualdades, por decirlo así, con cargas que impondrían a los ricos y facilidades que darían a los pobres. Pero sólo las riquezas medianas», observó con agudeza, «pueden dar o sufrir estas compensaciones, ya que las fortunas inmoderadas consideran como una ofensa todo el poder y todo el honor que no se les concede»[236].

Montesquieu, anticipando en dos siglos la perspectiva del estado social, funda sobre este nexo entre igualdad, frugalidad, solidaridad y gasto público la educación para la democracia y el valor democrático del fisco como fuente de riqueza. En efecto, propiedad y riqueza no son

sólo la propiedad privada y la riqueza individual. Son, antes bien, la propiedad pública y la riqueza colectiva. Nuestro bienestar —el de todos y cada uno— depende no sólo y no tanto de nuestras riquezas personales. Depende sobre todo de la riqueza pública. De la calidad de las escuelas y los hospitales, de la protección del paisaje y de las bellezas artificiales y naturales, del funcionamiento y la eficiencia de los servicios públicos, del grado de democracia y de libertad garantizado por el sistema político. La belleza y la riqueza de nuestras propias casas será bien poca cosa si va acompañada de la desolación, la contaminación y las condiciones de miseria de nuestras ciudades. La reducción de los impuestos pagada con altas mensualidades escolares o costosas primas de seguros y con el crecimiento de la inseguridad individual y colectiva es un ridículo beneficio. Y la idea de que la destrucción del medio ambiente natural y civil —de los bosques y las playas, el agua y el aire, el decoro urbano y el patrimonio artístico, el tejido político y la solidaridad social—, para favorecer apropiaciones privadas, especulaciones urbanísticas y desarrollo insostenible, produce el efecto de incrementar y no de destruir nuestras personales riquezas y nuestros tenores de vida, es sólo el fruto de una alucinación ideológica.

NOTAS

1. Sobre el nexo entre las dimensiones formales y sustanciales de la democracia y las formales y sustanciales de la validez, he insistido en diversas ocasiones: cf. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, [9]2009, pp. 868-880, 875-876, 883-884; «Il diritto come sistema di garanzie»: *Ragion pratica* I (1993), 143-161 (trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la Democracia. Información y debate* 16-17 [1992], 61 ss.; ahora en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, [7]2010, pp. 15 ss.); *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, [4]2009, pp. 35-40, 167-172 y 339-355.

2. Sobre la separación entre derecho y moral, remito a *Derecho y razón*, cit., cap. IV. Como es sabido, mientras que la tesis de la separación ha prevalecido en la filosofía jurídica hasta los años sesenta del siglo pasado gracias a la influencia de Hans Kelsen y de Norberto Bobbio, en años recientes lo ha hecho la tesis opuesta de la conexión, compartida, en formas y con acentos diversos, por autores como John Finnis, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Neil MacCormick, Carlos S. Nino, Ernesto Garzón Valdés y Manuel Atienza. Para una reconstrucción del debate sobre la cuestión, últimamente puede verse R. Vázquez, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del derecho*, Trotta, Madrid, [2]2009, cap. I. Cf. también en M. Carbonell y P. Salazar Ugarte (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, [2]2009, la discusión crítica de mi tesis sobre la separación, en los trabajos de Marina Gascón Abellán, Luis Prieto Sanchís, Alfonso García Figueroa, Marisa Iglesias Vila, Pablo de Lora, Andrea Greppi, Alfonso Ruiz Miguel y Adrián Rentería, y mis respuestas, en *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, [2]2010, cap. II.

3. A Rousseau se debe la propuesta de una forma de totalitarismo laico y civil, cuando, después de haber afirmado: «Todos pueden tener las opiniones

que les plazcan, sin que corresponda al soberano conocerlas», declara: «Hay por tanto una profesión de fe puramente civil cuyos artículos corresponde al soberano fijar, no precisamente como dogmas de religión, sino como sentimientos de sociabilidad, sin los cuales es imposible ser buen ciudadano ni súbdito fiel. Sin poder obligar a nadie a creer en ellos, puede desterrar del Estado a todo el que no los crea; puede desterrarlo no como a impío, sino como a insociable, como a incapaz de amar sinceramente las leyes, la justicia, y de inmolar en la necesidad su vida a su deber. Que si alguien, tras haber reconocido públicamente estos mismos dogmas, se conduce como no creyendo en ellos, sea condenado a muerte; ha cometido el mayor de los crímenes, ha mentido ante las leyes. Los dogmas de la religión civil deben ser simples, pocos, enunciados con precisión, sin explicaciones ni comentarios. La existencia de la divinidad poderosa, inteligente, bienhechora, previsora y providente, la vida por venir, la felicidad de los justos, el castigo de los malvados, la santidad del contrato social y de las leyes: he ahí los dogmas positivos» (*Del contrato social*, lib. IV, cap. VIII, en *Del contrato social. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Alianza, Madrid, 1980, pp. 139-140). Contra esta «intolerancia civil» —contradictoriamente excluida a renglón seguido por el propio Rousseau («En cuanto a los dogmas negativos, los limito sólo a uno: es la intolerancia: entra en los cultos que hemos excluido»)— véanse las páginas de B. Constant, dedicadas a la libertad religiosa, en *Principes de politique*, en *Œuvres* [1957], trad. it., *Principi di politica*, Editori Riuniti, Roma, 1970, pp. 179-180: «¿Quién es el Estado para decidir sobre los sentimientos que hay que tener? ¿Qué me importa que el Estado no me obligue a creer si me castiga porque no creo? ¿Qué me importa que no me golpee como impío si me golpea como no sociable? ¿Qué me importa que la autoridad se abstenga de las sutilezas de la teología si se pierde en una moral hipotética, no menos sutil, no menos extraña a su natural jurisdicción?».

4. Recuérdese el bello título —casi una definición de la ética laica— del libro de U. Scarpelli, *L'etica sensa verità*, Il Mulino, Bologna, 1982. Sobre la meta-ética anticognoscitivista de Scarpelli, remito a mi «Etica e meta-etica laica nel pensiero di Scarpelli»: *Notizie di Politeia* 73 (2004), 137-147. En idéntica perspectiva —la de una moral al mismo tiempo no cognoscitiva ni heterónoma, como es en cambio el derecho— véase, últimamente, E. Lecaldano, *Un'etica senza Dio*, Laterza, Roma-Bari, 2006, para quien la creencia en Dios no sólo no es esencial sino que resulta extraña a cualquier moral auténtica e incondicionadamente vivida.

5. «Neutralidad» del Estado se entiende aquí simplemente como sinónimo o corolario normativo de la separación en sentido axiológico de derecho y moral, es decir, del principio según el cual está vedada al derecho la imposición coercitiva de la (o mejor de una determinada) moral, que es, pues, según se ha hecho ver en el parágrafo precedente, la otra cara del principio de lesividad. En este sentido la tesis de la neutralidad no quiere decir en modo alguno que la acción de las instituciones públicas y específicamente de las de gobierno sea, o deba, o incluso sólo pueda ser ética y políticamente neutral, esto es, que no exprese, no deba o pueda no expresar una determinada «concepción del bien», en cuanto a los resultados obtenidos o a las opciones o razones que la inspiran: recuérdese, al respecto, lo dicho en el § 4 y en la nota 23 de la Introducción. Para una discusión crítica en torno a la pretensión liberal de una «neutralidad» del Estado y sobre los diversos significados de esta expresión, cf. A. Verza, *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, Giuffrè, Milano, 2000; Íd., «Il concetto di neutralità e le sue declinazioni»: *Quaderni*

della Rivista internazionale di Filosofia del diritto 4, «Omaggio a John Rawls (1921-2002)», Giuffrè, Milano, 2004, 259-293.

6. Sobre la prohibición de normas tético-constitutivas en materia penal, remito a *Derecho y razón*, cit., § 36, pp. 504-509. Sobre los principios de lesividad y de materialidad cf., *ibid*., los §§ 33 y 34, pp. 464-487. Una derogación del principio de lesividad como único límite al ejercicio de las libertades halla expresión en el art. 2.1 de la Ley Fundamental alemana, que le añade, como indebida limitación «del derecho al libre desarrollo de [la] personalidad», la no trasgresión de la «ley moral», sólo identificable a partir de una opción por el cognoscitivismo ético: «Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten contra el orden constitucional o la ley moral». Al respecto, Stefano Rodotà ha hablado de un «criptoiusnaturalismo de la Constitución alemana», acreditado además por el art. 6.2, que afirma: «El cuidado y la educación de los hijos son un derecho natural de los padres» (*La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 19 (trad. cast. de A. Greppi, *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, prólogo de J. L. Piñar Mañas, Trotta, Madrid, 2010, p. 35).

7. Contra el castigo de la herejía y de los delitos contra la religión se pronunciaron, Th. Hobbes, *Diálogo entre un filósofo y un jurista*; J. Locke, *Epistola de tolerantia* [1685], trad. it., *Lettera sulla tolleranza*, en *Scritti sulla toleranza*, ed. de D. Marconi, Utet, Torino, 1977, pp. 136 ss. y 141 ss. (trad. cast., «Carta sobre la tolerancia», en *Escritos sobre la tolerancia*, ed. de L. Prieto Sanchís y J. Betegón Carrillo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999); Chr. Thomasius, *Problema Juridicum: An Haeresis sit Crimen*, Halae, 1697; Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, lib. XII, IV, p. 174; C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Trotta, Madrid, 2011, § VII, pp. 133-135; Voltaire, *Commentarie sur le livre des délits et des peines* [1766], trad. cast. de J. A. De las Casas, *Comentario sobre el libro «De los delitos y de las penas» por un abogado de provincias*, en apéndice a C. Beccaria, Alianza, Madrid, 1983, pp. 117-122; Íd., *Prix de la justice et de l'humanité* [1777], en *Œuvres complètes de Voltaire*, Garnier, Paris, 1880, art. VIII, pp. 546-549 y X, pp. 554-557; G. Filangieri, *Ciencia de la Legislación*, nuevamente traducida por D. Juan de Rivera, Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1821, t. III, lib. III, cap. XLIV, pp. 148 ss., donde se excluye el castigo del ateísmo pero, extrañamente, no de su propaganda; J. Bentham, «Principios de legislación», cap. XII, en *Tratados de legislación civil y penal*, cit., pp. 77-78. Sobre la no punibilidad de los «actos de injusticia hacia sí mismo», sostenida ya por Aristóteles, *Ética nicomáquea*, trad. cast. de J. Pallí Bonet, Gredos, Madrid, 1985, lib. V, 11, 1138a, pp. 264-266, cf. Chr. Thomasius, *Fundamenta Juris Naturae et Gentium* [1705], reed. Scientia, Aalen, 1963, lib. I, cap. V, § 16, p. 148: «Nemo [...] sibi injuriam facere potest, nec sibi obligatur. Hinc volenti non fit injuria» [Nadie [...] puede hacerse una injusticia, ni se obliga a sí mismo. De aquí que no se comete una injusticia queriendo]; J. S. Mill, *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, [2]1979, I, pp. 65-68. En particular, sobre la no punibilidad del suicidio intentado, recuérdense Ch. Montesquieu, *Lettres Persanes* [1754], en *Œuvres complètes*, Gallimard, Paris, 1951, vol. I, pp. 246-247 (trad. cast. de M. R. Muñoz, *Cartas persas*, Fama, Barcelona, 1965, carta 76, pp. 165-177); C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., § XXXII, pp. 230-235; Voltaire, *Prix de la justice*..., cit., art. V, pp. 542-543; Íd., *Comentario*..., cit., 19, pp. 148-150; G. Filangieri, *Ciencia de la Legislación*, cit., t. III, lib. III, cap. LV, pp. 337-344, que polemiza también contra los procesos y las inútiles mutilaciones practicadas en Francia y en Inglaterra contra el cadáver del suicida. Contra los delitos de lesa majestad y los delitos de palabra, cf. Ch. Montesquieu,

Del espíritu de las leyes, cit., lib. XII, caps. XII-XIII, pp. 179-181; Voltaire, *Prix de la justice...*, cit., arts. XI y XXI, pp. 557 ss. y 574-576.

8. «Cogitationis poenam neminem moereri» [Nadie lamenta una pena por pensar], «cogitationis de crimine penam nemo patitur» [nadie padece una pena por pensar un delito], escriben respectivamente U. Grocio, *De jure belli ac pacis* [1625], Brill, Lugduni, 1939, lib. II, cap. XX, § 18 y Chr. Thomasius, *Problema Juridicum: An Haeresis sit Crimen*, cit., § 9, recogiendo la máxima de Ulpiano (*3 ad edictum*), «cogitationis poenam nemo patitur» (D. 48.19.18). «Permítaseme afirmar por más extraño que pueda parecer», escribió a su vez Locke, «que el legislador no tiene nada que hacer con las virtudes y los vicios morales», pues, en efecto, en lo que no tengan que ver «con el bienestar público» y no comprometan «la paz y la propiedad de los hombres» son «una cuestión privada y suprapolítica entre Dios y el alma de cada hombre, en la que no debe interferir la actividad del magistrado [...] El magistrado en cuanto tal no tiene nada que hacer con el bien de las almas o con su interés en otra vida» (J. Locke, *An Essay concerning Toleration* [1667], trad. cast., «Ensayo sobre la tolerancia», en *Escritos sobre la tolerancia*, CEPC, Madrid, 1999. Cf., además, contra la punibilidad de los actos internos, es decir, de los pensamientos y de la perversidad del ánimo, Th. Hobbes, *Diálogo...*, cit., pp. 34-35; S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium* [1672], Barbeyrac, London, 1740, lib. VIII, cap. III, §§ 8-14; Íd., *De officio hominis et civis juxta legem naturalem, libri duo* [1673], Brandmulleri, Basileae, 1739, lib. II, cap. XIII, §§ 6-14, pp. 428-431; Chr. Thomasius, *Fundamenta...*, cit., lib. I, cap. V, §§ 5, 8-10, 17-21, pp. 146-149; Íd., *Institutiones jurisprudentiae divinae* [1688], reed. Scientia, Aalen, 1963, lib. III, cap. VII, §§ 101-110, pp. 424-425. La no punibilidad de los actos *contra natura* por no ser lesivos para terceros fue defendida por Th. Hobbes, *Diálogo...*, cit., p. 88, que además no ve en ella «*animus felleus*»; por Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., cap. XII; por Voltaire, *Prix de la justice...*, cit., art. XIX, pp. 569-570.

9. Véanse *supra* los pasajes de Kant recogidos en la nota 30 del capítulo XI.

10. En este sentido, «la libertad de conciencia constituye el fundamento de los demás derechos fundamentales, aun cuando en la cotidianeidad no emerge de manera constante y actual [...] La libertad de opinión forma parte del pleno desarrollo de la persona humana y da vida al espacio vital moralmente necesario del individuo. La formación de una opinión presupone de un lado una libertad interna (libertad de conciencia) y del otro una libertad externa» (P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 ABS.2 Grundgesetz* [1983], trad. it., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, La Nuova Italia, Roma, 1993, p. 46 (trad. cast. de C. Landa y J. Saligman, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Comares, Granada, 2003).

11. F. Ruffini, *Corso di diritto eclesiastico*, I. *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Fratelli Bocca, Torino, 1924, p. 198. Sobre la libertad religiosa, cf., además, F. Ruffini, *La libertà religiosa. Storia dell'idea* [1901], reimp. con introd. de A. C. Jemolo, Feltrinelli, Milano, 1967; P. Bellini (ed.), *Teoria e prassi della libertà di religione*, Il Mulino, Bologna, 1975; Íd., *Libertà e dogma. Autonomia della persona e verità di fede*, Il Mulino, Bologna, 1984; L. Corso, *Spirito di religione e spirito di libertà. Alle origini del contrattualismo nordamericano*, Il Mulino, Bologna, 2001. Para un desarrollo radical de las ideas de Francesco Ruffini, cf., últimamente, el óptimo trabajo de E. Vitale, «Libertà di religione. E dalla religione?», en M. Bovero, *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 91-106.

12. El art. 1 del Estatuto albertino de 4 de marzo de 1848 establecía: «La religión Católica Apostólica y Romana es la única religión del Estado. Los otros

cultos ahora existentes son tolerados de conformidad con las leyes». La Constitución italiana de 1948 es, en cambio, contradictoria en esta materia: por un lado establece, en el art. 8.1, que «todas las confesiones religiosas gozan de igual libertad ante la ley»; por el otro reserva un tratamiento de favor a la religión católica, al disponer en el párrafo siguiente del mismo artículo que «las confesiones religiosas distintas de la católica tienen derecho a organizarse según sus propios estatutos, siempre que no estén en contradicción con el ordenamiento jurídico italiano» y, en el art. 7, que «el Estado y la Iglesia católica son, cada uno en su propio ámbito, independientes y soberanos» y «sus relaciones se rigen por los Pactos Lateranenses» de 1929, renovados en 1984, que prevén para la religión católica diversos privilegios, entre ellos su enseñanza en la escuela pública. De una manera más lineal ambas libertades —de religión y de la religión— tienen reconocimiento en el art.18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, reproducido en el art. 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950, y por el art. 10 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de 2000: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, individual o colectivamente, en público o privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas, y la observancia de los ritos». Sobre las relaciones entre Estado e Iglesia en Italia, recuérdense F. Ruffini, *Lineamenti storici delle relazioni tra lo Stato e la Chiesa in Italia*, Fratelli Bocca, Torino, 1891; A. C. Jemolo, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Einaudi, Torino, 1963; F. Margiotta Broglio, C. Mirabelli y F. Onida, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Il Mulino, Bologna, 1997. Cf. además S. Ferrari e Iván C. Ibán, *Diritto e religione in Europa occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1997.

13. El art. 2 de la Constitución italiana, por ejemplo, «reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre» también «en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad». Entre estas formaciones, conforme a la Constitución italiana, se encuentran las confesiones religiosas, en virtud de la libertad religiosa de cada uno de prestar o no su adhesión a las mismas (sentencia de la Corte Constitucional 239/1984 de 30 de julio, en *Foro italiano* I [1984], 2397, con nota de N. Colaianni, «L'appartenenza 'di diritto' alle comunità israelitiche tra legge, intesa e statuto confessionale», recogida en Íd., *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Cacucci, Bari, 2000, p. 234). Cf. también, en el mismo sentido, F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personalié*, Bruylant, Bruxelles-Paris, 1990, p. 521.

14. La fórmula, con particular referencia al derecho penal, es de N. Colaianni, *Tutela della personalità*..., cit., pp. 117 y 120.

15. Un primer paso en la dirección del principio de igualdad y de la tutela del derecho a la libertad religiosa —más que de la religión y menos aún de alguna religión del Estado— lo dio en Italia la sentencia de la Corte Constitucional 188/1975, que identificó «entre los bienes constitucionalmente relevantes» merecedores de tutela «el sentimiento religioso, que vive en la intimidad de la conciencia individual», por tanto, incluso el de tipo ateo o agnóstico. Lamentablemente, este primer paso no fue seguido de la anulación de los diversos preceptos del Código Penal que tutelan la religión católica —desde los relativos al escarnio, de los arts. 402-406, al art. 724, que tipifica la blasfemia— que la Corte ha salvado hasta ahora limitándose a extender el ámbito de aplicación a todas las religiones, en obsequio al principio de igualdad. Que la religión pueda

tener «la calidad de bien jurídico en un ordenamiento secularizado» es algo negado por W. Hassemer, «Religionsdelikte in der säkularisierten Rechtsordnung», en L. Lombardi Vallauri y E. Dilcher, *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Giuffrè, Milano, 1981, II, p. 1324. Sobre este asunto en sus diversos aspectos, véase N. Colaianni, *Tutela della personalità...*, cit., pp. 61-126.

16. Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., lib. XII, cap. IV, p. 174: «[a la divinidad] en lugar de vengarla lo que hay que hacer es honrarla». En similar sentido C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., § VII, pp. 133-135, según el cual Dios «se ha reservado únicamente para sí el derecho de ser Legislador y Juez al mismo tiempo, porque sólo él puede serlo sin inconveniente [...] ¿quién será el insecto que osará suplir a la divina justicia, que pretenderá vengar al Ser que se basta a sí mismo, que no puede recibir de los objetos impresión alguna de placer o de dolor, que es el único entre todos los seres que cuando obra no es por reacción? [...] Si los hombres pueden estar en contradicción con el Omnipotente cuando le ofenden, pueden también estarlo cuando castigan». Voltaire recogió las mismas tesis en *Comentario...*, cit., cap. 5, p. 125.

17. J. Locke, *Saggio sulla toleranza*, en *Scritti*, cit., p. 99: la «imposición» de las opiniones «no consigue cambiar la cabeza de los hombres, sólo puede constreñirlos a ser hipócritas»; Íd., *Lettera sulla toleranza*, cit., p. 136: «En primer lugar, la cura de almas no está confiada al magistrado civil más que a otros [...] porque nadie puede, aún queriendo, creer con fundamento en una prescripción ajena; y de otra parte la fuerza y la eficacia de la religión verdadera y saludable está precisamente en la fe [...] En segundo lugar, la cura de almas no puede corresponder al magistrado civil, pues su autoridad consiste exclusivamente en la constricción. Pero, al consistir la religión verdadera y saludable en la fe interior, sin la cual nada tiene valor ante Dios, la naturaleza del humano intelecto es tal que no puede ser constreñido por ninguna fuerza extrínseca»; *ibid.* p. 137: «Una cosa es convencer, otra mandar; una presionar con las argumentaciones, otra con los edictos. Una cosa es propia de la humana benevolencia, la otra de la autoridad civil. Todo mortal tiene pleno derecho a aconsejar, exhortar, convencer a otro de que está en el error y llevarlo a opinar como él con el razonamiento; pero lo propio del magistrado es mandar con edictos y constreñir con la espada. Esto es, pues, lo que afirmo: que la autoridad civil no debe prescribir con la ley civil artículos de fe, dogmas o formas del culto divino»; *ibid.* p. 178: «No la diversidad de opiniones, que no se puede evitar, sino el rechazo de la tolerancia que habría podido concederse a los que tienen opiniones diversas, ha producido la mayor parte de las contiendas y guerras de religión que se han dado en el mundo cristiano». Pero hay que recordar también la intolerancia de Locke con los ateos, en *Saggio*, cit., p. 95 y después en *Lettera*, cit., p. 172: «No deben ser de ningún modo tolerados aquellos que niegan que exista una divinidad»; así como con los papistas, que «tienen derecho a la tolerancia de su culto y de sus opiniones especulativas», pero, «en cuanto han adoptado en su religión como verdades fundamentales diversas opiniones que son opuestas a cualquier gobierno y por eso deletéreas, no tienen derecho a la tolerancia, excepto en lo que se refiere al papa» («Abbozzo del saggio sulla tolleranza», en apéndice al *Saggio sulla toleranza*, cit., en *Scritti*, cit., p. 126). Mucho más consecuentes son, un siglo más tarde, las tesis de Voltaire, *Traité de la Tolérance* [1763], trad. it., «Trattato sulla tolleranza», en Íd., *Scritti politici*, Utet, Torino, 1967, pp. 457-577 (trad. cast. de C. R. Dampierre, *Tratado sobre la tolerancia*, en Voltaire, *Opúsculos satíricos y filosóficos*, ed. de C. Pujol, Alfaguara, Madrid, 1978, pp. 3-104).

18. La exclusión de cualquier disciplina jurídica de la vida religiosa es hoy

compartida por toda la doctrina eclesiástica de orientación laica: cf., por todos, P. Bellini, «Nuova problematica della libertà religiosa individuale nella società pluralista», en Íd., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 1128, según el cual no está permitido a la Constitución «rodear los modos religiosos de sentir y vivir los problemas de la vida de garantías de rango superior a las relativas a los modos arreligiosos o irreligiosos de plantear la propia experiencia individual».

19. Es la libertad que establece el art. 19 de la Constitución italiana: «Todos tienen derecho a profesar libremente su propia fe religiosa en cualquier forma, individual o asociada, realizar propaganda y ejercer en privado o en público el culto, siempre que no se trate de ritos contrarios a las buenas costumbres»; donde por «ritos contrarios a las buenas costumbres» debe entenderse, en una interpretación liberal, solamente los lesivos para terceros.

20. Udi Khalif Mohamed recuerda que las prácticas de la infibulación, entre «las más dolorosas y humillantes que han existido nunca», definidas como «mutilaciones genitales» por las mujeres africanas reunidas en Addis Abeba en octubre de 1990, en el III Congreso del *Inter African Committee*, tienen orígenes desconocidos, pero ciertamente no islámicos ni por tanto religiosos, dado que al igual que la circuncisión masculina que precedió a la femenina, «existían ya en África y en Oriente Medio antes de la llegada del islam» y eran practicadas, desde el siglo V a.C., por fenicios, hititas, abisinios y, además, en el antiguo Egipto, en las costas del mar Rojo (U. K. Mohamed, «Una pratica millenaria: conoscerla per sconfiggerla»: *Politica del diritto* 1 (1992), 153-160; cf. también, *ibid*, pp. 167-170, la rica «Bibliografia sulle mutilazioni sessuali»). Por lo demás, como indica Udi Khalif Mohamed (*ibid*., p. 154), el término «infibulación» deriva del latino *fibula* con el que los romanos denominaban la práctica de la clausura de los genitales femeninos. En todo caso, afirma, la usanza —por cuya abolición se ha desarrollado un vasto movimiento de mujeres africanas— no está prevista en el Corán y se practica en millones de mujeres (80 millones de mutiladas únicamente en África) no sólo por islámicos sino también por católicos, coptos, animistas y ateos (*ibid*., pp. 157-159).

21. En apoyo de estas políticas y, en particular, de las formas de escisión únicamente simbólica, véanse los razonables argumentos de A. Facchi, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo e immigrazione*, Laterza, Roma-Bari, 2001, en particular las pp. 104-108 y, recientemente, de C. Pasquinelli, *Infibulazione. Il corpo violato*, Meltemi, Roma, 2007.

22. En el uso de estas libertades y en las tradiciones que lo apoyan son bien reconocibles otras tantas formas de opresión y de autohumillación de las mujeres y quizá de abdicación de su libertad interior. Pero la intervención del derecho está justificada sólo para la tutela de la libertad de autodeterminación lesionada por terceros, y no ciertamente para condicionar esa libertad de autodeterminación. No se puede obligar a una persona a ser libre sin con ello renegar del valor de la libertad. Por lo demás, casos de no libertad y de autorrepresión están asimismo difundidos en el mundo occidental. Pienso en los muchos vínculos, clausuras y autolimitacines que sufren, por propia decisión, frailes y sacerdotes y cuya prohibición o impedimento, aunque puedan parecer insensatos a los ojos de un laico, sería impensable sin renegar de los valores de la libertad y la tolerancia. Naturalmente, hay situaciones de incertidumbre. Pero éstas hacen siempre y sólo referencia a la cuestión de hecho —esto es, la prueba, a verificar caso por caso— de la posible violencia o amenaza ejercida por terceros, es decir, de la indebida limitación o impedimento externo de la libertad de conciencia como libre autodeterminación religiosa de la persona, y no por cierto a la legiti-

midad de la autodeterminación en los hábitos o en los símbolos personalmente adoptados. En esto reside la diferencia entre la cuestión del velo y la cuestión, debatida recientemente en Italia, de la fijación del crucifijo en lugares públicos, es decir, de todos, que no sólo no tiene nada que ver con la libertad individual sino que representa un indebido privilegio de la religión católica. Por lo demás, en este sentido de la tutela de la libertad de conciencia se manifestó la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 16 de mayo de 1995, que declaró la nulidad del art. 13.1 tercer inciso del ordenamiento escolar bávaro. En síntesis, las dos cuestiones —la del velo, el crucifijo u otros símbolos religiosos adoptados por el individuo y la de los mismos símbolos expuestos en lugares públicos—, como afirma Nicola Colaianni, se resuelven limpiamente con la tesis de que «el Estado tiene el deber de ser laico pero no puede pretender que todo ciudadano lo sea, y, por tanto, debe hacer cuanto esté a su alcance para neutralizar el espacio público pero, al mismo tiempo, también para favorecer la libertad de expresión de la propia identidad simbólica de cada ciudadano» (*Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 75-76).

23. La cuestión se suscitó en Italia con el pronunciamiento del Tribunal de Ferrara de 31 de agosto de 1948 sobre el «caso Poldino», en el que un padre fue separado de sus hijos por ser un «perfecto ateo». El asunto dio lugar a un famoso debate —entre Enrico Allorio, en apoyo de la decisión, y Walter Bigiavi, contrario a la misma, en el que tomaron parte Tullio Ascarelli, Paolo Barile, Aurelio Candian, Francesco Carnelutti y Riccardo Orestano— reconstruido por C. Cardia, *Ateismo e libertà religiosa nell'ordinamento giuridico, nella scuola, nell'informazione, dall'Unità ai giorni nostri*, Bari, De Donato, 1973. La cuestión ha sido resuelta por la sentencia de la Corte Constitucional n.º 117/1979, que ha equiparado el ateísmo a la religiosidad: cf. N. Colaianni, *Tutela della personalità*..., cit., pp. 145 ss.

24. El art. 8 del Estatuto de los Trabajadores promulgado en Italia con la ley 300/1970, de 20 de mayo, establece: «Se prohíbe al empleador, tanto para la contratación como en el desarrollo de la relación laboral, realizar investigaciones, aunque sea por medio de terceros, sobre las opiniones políticas, religiosas o sindicales del trabajador, así como sobre hechos no relevantes para la valoración de su aptitud profesional». El art. 15 prohíbe además cualquier pacto o acto que responda «a fines de discriminación política o religiosa», aparte de «sindical». En fin, debe recordarse, por la relevancia que tuvo en Italia para poner fin a las discriminaciones políticas, la circular del Consejo Superior de la Magistratura de 7 de julio de 1992, prohibiendo utilizar en el proceso de reclutamiento de magistrados las informaciones relativas a las opiniones políticas, religiosas o de otro tipo de los candidatos, que hasta entonces venían siendo recabadas por la policía para permitir la verificación de la «intachable conducta civil, moral y política» exigida por el art. 8 del ordenamiento judicial de 1941.

25. P. Bellini, «Nuova problematica...», cit., p. 1133; N. Colaianni, *Tutela della personalità*..., cit., pp. 25-30.

26. Sentencia de la Corte Constitucional n.º 467/1991, de 16 de diciembre, en *Giurisprudenza costituzionale* (1991), 3805. Consecuentemente, afirmó después la Corte, «la libertad de conciencia en relación con la experiencia religiosa [...] concierne del mismo modo a los creyentes que a los no creyentes, sean ateos o agnósticos» (Corte Constitucional, sentencia n.º 334/1996, de 8 de octubre, en *Giurisprudenza costitucionale* [1996], 2919).

27. A tal fin, se requiere una enseñanza no confesional de las religiones como la indicada en las recomendaciones n.os 1178/1992 y 1202/1993 de la Asamblea

Parlamentaria del Consejo de Europa, que en nombre de la «tolerancia en una sociedad democrática» aconsejan la formación de programas educativos dirigidos a proporcionar «una información concreta y objetiva sobre las religiones mayores y sobre sus principales variantes», un «estudio comparado de las religiones», así como «cursos sobre las religiones y sobre la moral laica con una presentación diferenciada y matizada de las diversas religiones». En síntesis, se recomienda una educación para la autodeterminación y la libertad de conciencia, que es justamente lo contrario del arcaico «derecho de los padres a asegurar tal educación y tal enseñanza de acuerdo con sus convicciones religiosas y filosóficas», establecido en el art. 2 del Protocolo adicional de 20 de marzo de 1952 al Convenio Europeo de 1950. Que es lo que recomendaba Guido Calogero: «Nada hay más antiliberal, y por consiguiente más inmoral, que el llamado derecho de los padres a educar a sus hijos en la propia fe. El único derecho y deber que ellos tienen es hacerles confrontar esa fe con otras, y darles el modo de elegir» (*La conclusione della filosofia del conoscere*, Sansoni, Firenze, 1960, p. 329).

28. En este sentido, véase E. Vitale, «Libertà di religione...», cit., pp. 92 y 100, quien sostiene que «entre los cometidos de la educación pública debería estar» el de asegurar, en garantía de la libertad de conciencia como autodeterminación informada y consciente, «la posibilidad de elegir después de haber conocido las diversas perspectivas en materia de religión y de culto, comprendido el ateísmo y el agnosticismo», para que las opciones existenciales y religiosas no resulten «encomendadas en exclusiva a la tradición familiar o nacional, o de cualquier otra pertenencia adscriptiva y no electiva, 'heredada' y no, precisamente, 'elegida'». Sobre los posibles efectos negativos de la enseñanza de la religión en las escuelas elementales para los fines del desarrollo de la personalidad del niño, de su autonomía moral e intelectual, de su espíritu crítico y de su aptitud para la tolerancia, cf. L. Gianformaggio, «L'insegnamento della religione e la formazione del giudizio morale nel bambino» [1981], en Íd., *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 177 ss. Contra el adoctrinamiento de los niños, que se prevale del conformismo y del miedo, cf. también los lúcidos argumentos de L. Lombardi Vallauri, «Indottrinamento infantile. Religione e bambini»: *L'Ateo* 2 (2004), 12-14, en apoyo de la tesis, claramente provocativa, según la cual «la religión —como un tiempo el sexo— debería estar prohibida a los menores de 18 años». Contra «la imposición de la creencia sobrenatural sobre el cerebro-mente del niño», concluye Lombardi, «es necesario primero robustecer —a través del ejercicio pleno, mundano, de los sentidos y del intelecto— los afectos y las emociones naturales, y ese órgano cognoscitivo complejo que he llamado realismo [...] Imprimir acríticamente lo sobrenatural en el niño significa para mí una violencia que puede comprometer su desarrollo intelectual y humano para siempre». Todo esto debería comportar, si no la prohibición concebida por Lombardi, al menos la exclusión de la enseñanza de la religión en las escuelas públicas y de la financiación pública de las escuelas confesionales, prohibida, por lo demás, por el art. 33 de la Constitución italiana. Pero debería valer también para excluir —o al menos rodear de garantías, para tutela de la libertad de conciencia— las diversas formas de adoctrinamiento agresivo y a veces coactivo y de destrucción cultural «por razones económicas o religiosas», que Rodolfo Calpini ha calificado de «etnocidio», reconociendo en ellas la que, desde la colonización a nuestros días, «ha sido la modalidad de encuentro de la cultura europea con las culturas indígenas» (R. Calpini, *Lineamenti di una teoria dell'etnocidio*, Russo, Roma, 1992). Cf. también, de R. Calpini, «L'ideologia missionaria», en M. Mantello (ed.), *Memoria di Giordano Bruno 1600-2000*, Ve.graf, Roma, 2001, pp. 133-150, donde se reconstruye la historia de la «forma

misionera» desarrollada a partir del edicto de Teodosio de 380 también con modalidades coercitivas conforme al mandamiento evangélico *docete omnes gentes* («Id, pues, y haced discípulos a todas las gentes bautizándolas en el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo, y enseñándoles a guardar todo lo que yo os he mandado») (*Mateo* 28, 19-20).

29. Para una crítica del abolicionismo penal —que, más allá de las buenas intenciones de sus fautores, constituye de hecho una regresión al estado de naturaleza, sea éste concebido como sociedad salvaje o como comunidad homologada y disciplinaria— remito a mi «Il diritto penale minimo»: *Dei delitti e delle pene* 3 (1985), 493-594, y a *Derecho y razón*, cit., § 18, pp. 253-258 y § 25, pp. 338-345.

30. En la doctrina penalista italiana se abrió un debate sobre la cuestión, a partir de la tesis de F. Bricola, «Teoria generale del reato», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. XIX, 1973, pp. 15-16, según la cual la pena privativa de libertad, al incidir sobre un bien de rango constitucional como la libertad personal, sólo es justificable para prevenir ofensas a bienes del mismo rango constitucional. A esta tesis se objetó que la Constitución es un sistema abierto en el que «no todo está vinculado en rígidas tablas de valores», y menos aún en tablas jerárquicamente ordenadas, aunque sólo sea por las exigencias de permanente actualización a las que el sistema penal debe corresponder (D. Pulitanò, «Obblighi costituzionali di tutela penale?»: *Rivista italiana di diritto e procedura penale* [1983], 498; G. Fiandaca, «Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale»: *Rivista italiana di diritto e procedura* penale [1982], 55; G. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, [2]1980, p. 220). Bricola replicó precisando que la tesis del límite constitucional que quiere la tutela penal circunscrita exclusivamente a los bienes de relevancia constitucional no comporta en modo alguno la obligación de tutela penal de los mismos bienes (F. Bricola, «Carattere 'sussidiario' del diritto penale e oggetto della tutela», en *Studi in memoria di G. Delitala*, Giuffrè, Milano, 1984, I, pp. 107 ss.; Íd., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, en M. De Acutis y G. Palombarini [eds.], *Funzioni e limiti del sistema penale*, Cedam, Padova, 1984, pp. 22-29): la relevancia constitucional del bien lesionado sería en suma una condición necesaria pero no suficiente para su tutela penal. Pero es claro que, en cualquier caso, se requiere algún tipo de tutela, en forma de límite fundamental (D11.24), como garantía primaria negativa de las libertades fundamentales, que si no quedarían expuestas a las ofensas de la libertad salvaje de los demás. De otra parte, como se verá más adelante, el art. 13.4 de la Constitución italiana establece una específica obligación de castigar en relación con la tortura.

31. C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., § XXVIII, p. 205.

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*, § II, p. 113: «La suma de estas mínimas porciones posibles forma el derecho de castigar: todo lo que exceda es abuso y no justicia; es hecho, no derecho».

34. Recuérdese el pasaje de Hobbes recogido en la nota 1 del capítulo XI. Hobbes —como, por lo demás, Locke (véanse, *infra*, los pasajes citados al final de la nota 50)— no llegó, es obvio, a las conclusiones de Beccaria sobre la pena de muerte. Pero teorizó igualmente el derecho del súbdito a la autoconservación frente al Leviatán: véanse los pasajes incluidos *supra* en la nota 150 del capítulo XIII.

35. C. Beccaria, *op. cit.*, § XXVIII, p. 205.

36. Recuérdese la máxima kantiana citada *supra* en la nota 3 del capítulo III.

37. I. Kant, «Principios metafísicos de la doctrina del derecho», § 49, E, 1, en *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 165-174.

38. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale* [1859], Fratelli Cammelli, Firenze, [10]1907, vol. II, § 661, p. 34. (trad. cast. de J. J. Ortega y J. Guerrero, *Programa de derecho criminal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1957, vol. II, § 661, p. 103).

39. F. Carrara, «Una lezione dettata nella R. Università di Pisa» [1861], en *Contro la pena di morte. Scritti di Francesco Carrara*, ed. de E. Palombi, Kluwer-Ipsoa, Milano, 2001, p. 22.

40. «No hay libertad», escribió Beccaria, «cuando las leyes permiten que en algunas circunstancias el hombre deje de ser *persona* y se convierta en *cosa*» (*De los delitos y de las penas*, cit., § XX, p. 185). Y Kant escribirá: «El hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real» («Principios metafísicos de la doctrina del derecho», cit., § 49, E, 1, p. 166).

41. Se trata de un dato de experiencia que hay que dar por descontado, documentado por la reducción del número de homicidios producida invariablemente en todos los países tras la abolición de la pena de muerte, así como del mayor número de homicidios en los países que la practican respecto de aquellos en los que ha sido abolida. Sobre estas comparaciones, remito a *Derecho y razón*, cit., pp. 439-440, nota 105. El nexo entre penas feroces e incremento de los delitos, generado por el espectáculo de la devaluación oficial de la vida humana que ofrece la pena de muerte, fue enunciado por Beccaria, *op. cit.*, § XXVII, p. 201: «Los países y los tiempos de los suplicios más atroces fueron siempre los de las acciones más sanguinarias e inhumanas, pues el mismo espíritu de ferocidad que guiaba la mano del legislador, regía la del parricida y del sicario. Desde el trono dictaba leyes de hierro para almas atroces de esclavos que obedecían. En la privada oscuridad estimulaba a inmolar a los tiranos para crear otros nuevos».

42. F. Carrara, «Penalità dell'omicidio. Frammento» [1864], en Íd., *Contro la pena di morte...*, cit., p. 150.

43. C. Beccaria, *op. cit.*, § XXVIII, p. 211. El mismo argumento fue recogido y extendido a todas las penas feroces por A. Genovesi, *La diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto* [[1]1766; [2]1777], Napoli, 1799, vol. II, lib. I, cap. XIX, § XI, p. 182, nota 2: «Las penas demasiado crueles, como el fuego lento, cortar a un vivo en diez mil pedazos, hacerle morir en la pez, el aceite, el plomo hirviendo [...] convierten [a la naturaleza humana] en naturaleza bestial, porque, precisamente, esta suerte de penas ha destruido al hombre, animal plácido y misericordioso por naturaleza. Son, por tanto, inicuas. Toda pena que horroriza a la humanidad, que deshumaniza y enfierece los ánimos, ya no es pena sino delito. Se ha visto que los esclavos se hacen cada día más crueles por la sevicia de las penas. Ahora, hacer de un pueblo de hombres un cubil de tigres, es el mayor de los delitos que pueda cometerse». Y más adelante: «Ciertamente, será siempre más útil la placidez que la excesiva severidad de las penas» (*ibid.*, § XX, p. 200). Sobre ésta y otras concordancias del pensamiento de Genovesi con el de Beccaria, cf. D. Ippolito, «Antonio Genovesi lettore di Beccaria»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1 (2007), 3-20.

44. *Ibid.*

45. *Ibid.*

46. F. Carrara, «Pena di morte. IV. Logica» [1875], en *Opuscoli di diritto criminale*, Tipografia Giachetti, Prato, vol. VII, p. 456, ahora en *Contro la pena di morte...*, cit., p. 392 (de la primera hay trad. cast. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, *Opúsculos de derecho criminal*, Temis, Bogotá, [2]1980, vol. VII, p. 366). La pena de muerte, añade Carrara, «per[vierte] el sentido moral de los pueblos» y «es absurdo pretender que se inculque el precepto de no matar, matando a sangre

fría» (F. Carrara, «Fragmentos sobre la pena de muerte», en *Opúsculos*..., cit., vol. V, p. 58; ahora también en Íd., *Contro la pena di morte*..., cit., p. 197).

47. Se puede recordar aquí que en la tendencia abolicionista se inscriben sobre todo los países africanos, la mayor parte de los cuales ha abolido la pena capital (aplicada en 2004, en 9 casos, todos en Egipto, Sudán y Somalia); que en 2004 eran 84 países los que habían abolido la pena de muerte, mientras que otros 12 lo habían hecho salvo para delitos excepcionales, como los cometidos en tiempo de guerra, otros 24 la abolieron *de facto*, al no haber impuesto condenas durante al menos 10 años y 76 la mantuvieron, aunque no en todos haya sido aplicada; que en Estados Unidos se impusieron 59 condenas; que la casi totalidad de las ejecuciones capitales, siempre en 2004, se produjeron en Irak, Vietnam, Arabia Saudita y, sobre todo, en China, donde fueron al menos 3.400 (Amnesty International, *Report 2005. The State of the World's Human Rigths*, trad. it., *Rapporto annuale 2005*, Ega, Torino, 2005, pp. 34, 251 y 290 [trad. cast., *Informe 2005. El estado de los derechos humanos en el mundo*, Amnistía Internacional, Madrid, 2005]). Sobre la pena de muerte cf. el reciente trabajo de A. Marchesi, *La pena di morte. Una questione di principio*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

48. La expresión *habeas corpus* se deriva de las palabras iniciales de diversas ordenanzas (*writs*) con las que, en el antiguo *common law* inglés, un juez o un tribunal de justicia intimaba a quien tenía bajo custodia a una persona para que trasladase el cuerpo a su presencia con alguna finalidad procesal (*ad respondendum*, *ad satisfaciendum*, *ad prosequendum*, *ad tesificandum*), la más importante de las cuales (*ad subjiciendum*) era el control judicial sobre la legitimidad de una restricción de la libertad personal. Dirigido originariamente, en la alta Edad Media, a asegurar la prerrogativa real de ordenar a cualquier autoridad, a petición del detenido o de otros sujetos, el traslado del preso a su corte para ser sometido a su jurisdicción, el instituto se transformó, a partir del siglo XV, en un derecho de la persona frente a cualquier decisión, incluso real, ilegalmente restrictiva de la libertad personal, hasta su consagración en la *Petition of Rights* de 1628 y luego en el *Habeas Corpus Act* de 1679 y en el de 1816, que dictaron una precisa y rigurosa disciplina garantista (cf. F. W. Maitland, *The Constitutional History of England* [1908], Cambridge UP, Cambridge, 1961, pp. 271 y 313 ss.; P. Biscaretti di Ruffia, «Habeas corpus», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XIX, 1970, pp. 941-946).

49. Art. 18 de la *Déclaration des droits* que antecede a la Constitución de 1973: «Tout homme peut engager ses services, son temps; mais il ne peut se vendre, ni être vendu; sa personne n'est pas une propriété aliénable» [Todo hombre puede contratar sus servicios, su tiempo; pero no puede venderse ni ser vendido; su persona no es una propiedad enajenable]. Recuérdese la célebre máxima de Mill según la cual «sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano» (*Sobre la libertad*, cit., Introducción, p. 66). Este principio —de acuerdo con la caracterización (§ 14.1) de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos como fragmentos de soberanía de los que todos y cada uno son titulares (T12.168)— podría muy bien figurar como artículo primero de una constitución ideal. De él se seguiría la prohibición de interferencia por parte del derecho en las decisiones de cada uno sobre su propio cuerpo y sobre la propia mente y por ello, aunque sólo sea a causa de este límite impuesto a cualquier poder heterónomo, la exclusión de cualquier otro tipo de soberanía.

50. La Convención de Ginebra de 25 de noviembre de 1926 formuló una definición jurídica de la esclavitud caracterizándola como el «estado o la condición de un individuo sobre el que se ejercitan los atributos del derecho de pro-

piedad o algunos de ellos». Es una definición que calca la clásica de Aristóteles: «El que por naturaleza no pertenece a sí mismo, sino a otro, siendo hombre, ése es naturalmente esclavo; es hombre de otro el que, siendo hombre, es una posesión» (*Política*, lib. I, 1254a). Es útil recordar que —como Beccaria la pena de muerte (en el pasaje citado en la nota 35)— Locke relacionó la esclavitud con el estado de guerra anti- o prejurídico: «La verdadera condición de esclavitud [...] no es otra cosa que 'el estado de guerra continuado entre un legítimo vencedor y un cautivo'. Pues, si se realiza un acuerdo entre ambos, y pactan que uno limite su poder a cambio de que el otro preste obediencia, el estado de guerra y esclavitud cesarán mientras ese pacto se respete. Porque, como ya ha quedado dicho, ningún hombre puede conceder a otro mediante acuerdo lo que él no tiene consigo, a saber, el poder sobre su propia vida» (*Segundo tratado sobre el Gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990, cap. 4, § 24, pp. 53-54); tesis, esta última, que a su vez evoca el argumento contractualista de Beccaria aquí recordado contra la pena de muerte, admitida, en cambio, con bastante menos coherencia, por Locke: «Considero, pues, que el poder político es el derecho de dictar leyes bajo pena de muerte» (*ibid*., cap. 1, § 3, p. 35).

51. Art. 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948: «Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas». La misma norma se encuentra reproducida en el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, y en el art. 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, que añaden: «Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio» a excepción de los «trabajos forzados» previstos como pena o en todo caso impuestos a presos, así como del «servicio de carácter militar» o «impuesto en casos de peligro o calamidad». Una específica prohibición de explotación, trata o trabajo coactivo de niños está prevista en la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959. En fin, la «reducción a esclavitud» figura entre los «crímenes contra la humanidad» del art. 7 *c*) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, de 17 de julio de 1998.

52. L. Wacquant, *Deadly Symbiosis. Race and the Rise of Neoliberal Penalty* [2001], trad. it., *Simbiosi mortale. Neoliberalismo e politica penale*, Ombre-Corte, Verona, 2002, pp. 53-73, distingue cuatro formas y fases de la discriminación racial en Estados Unidos: la de la esclavitud (1619-1865), la de la segregación en el Sur agrícola (1865-1965), la del gueto urbano del Norte industrial (1915-1968) y la actual del encarcelamiento masivo, sobre la que pueden verse, *infra*, las notas 127-129.

53. Cf. K. Bales, *Disposable People. New Slavery in the Global Economy* [1999], trad. it., *I nuovi schiavi. La merce umana nell'economia globale*, Feltrinelli, Milano, 2000; I. Moulier Boutang, *Dalla schiavitù al lavoro salariato*, Manifestolibri, Roma, 2002, lib. II; F. Carchedi, G. Montura y E. Pugliese (eds.), *Il lavoro servile e le nuove schiavitù*, Angeli, Milano, 2003. Sobre las nuevas formas de esclavitud —las consistentes en la imposición continuada de trabajo forzado, en la coartación sistemática de la libertad sexual, o en la explotación de menores con fines sexuales o mediante la imposición del acantonamiento— cf. F. Resta, «'Nuove schiavitù'? I delitti contro la personalità individuale, alla luce delle leggi 269/1998 e 228/2003»: *Diritto e formazione* 6 (2006), 68-80.

54. Sobre la tortura, me limito a recordar los informes de Amnesty International, *End Impunity. Justice for the victims of torture*, Amnesty International Publications, London, 2001 (trad. it., *Rapporto annuale*, Ega, Torino, 2004; trad. cast., *Acabar con la impunidad. Justicia para las víctimas de la tortura*, Amnistía

Internacional, Madrid, 2001), según el cual la tortura se practica aún en no menos de 132 Estados. Cf., además, A. Cassese, *Umano-Disumano. Commisariati e prigioni nell'Europa di oggi*, Laterza, Roma-Bari, 1994, cap. VI; B. Innes, *La storia della tortura*, L'Airone, Roma, 1999; F. Sironi, *Persecutori e vittime. Strategie di violenza*, Feltrinelli, Milano, 2001; A. Giannelli y M. P. Paternò (eds.), *Tortura di stato. Le ferite della democrazia*, Carocci, Roma, 2004; R. Bergalli e I. Rivera Beiras (eds.), *Tortura y abuso de poder*, Anthropos, Barcelona, 2006.

55. C. Bonini, *Guantánamo. Usa, viaggio nella prigione del terrore*, Einaudi, Torino, 2004, que contiene en apéndice las ordenazas y reglamentos que han autorizado estos horrores; Amnesty International, *Abu Ghraib e dintorni. Un anno di denunce inascoltate*, Ega, Torino, 2004. Véase también, *infra*, la nota 104 del capítulo XVI. Sobre los hechos de Génova de julio de 2001, cf. L. Pepino, «Obietivo. Genova e il G8: i fatti, le istituzioni, la giustizia»: *Questione giustizia* 5 (2001), 891 ss.; G. Chiesa, *G8/Genova*, Einaudi, Torino, 2001; M. Barberis, «Lo stato di natura all'angolo di via Battisti»: *Ragion pratica* 17 (2001), 217-230; V. Pazé, «La libertà di riunione e di associazione», en M. Bovero (ed.), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Laterza, Roma-Bari, pp. 165-177.

56. Es la tesis de Alan Dershowitz, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat Responding to the Challenge* [2000], trad. it., *Terrorismo*, Carocci, Roma, 2003, pp. 118 ss. y 125 ss.

57. Precisamente, según tal definición, «por 'tortura' se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá tortura el dolor o sufrimiento que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas». Análoga, aunque más compleja y limitada a sujetos investidos de funciones públicas, es la definición de «tortura» que ofrece la Convención contra la tortura, de 10 de diciembre de 1984: «Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esta persona o a otras, por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se entenderán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas».

58. Añade el art. 2 de la Convención: «En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura». Además, dice el art. 4, «todo Estado Parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delito conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad». Además de la Convención de 1984, recuérdese, sobre la tortura, el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, reproducido por el art. 3 del Convenio Europeo de 1950 y por el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o trabajos crueles, inhumanos o degradantes».

59. Sobre estas propuestas, remito a *Derecho y razón*, cit., § 31, pp. 410-420 y § 38, pp. 549-561.

60. B. Duden, *Der Frauenleib als öffentlicher Ort. Vom Mißbrauch des Begriffs Leben* [1991], trad. it., *Il corpo della donna come luogo pubblico. Sull'abuso del concetto di vita*, Bollati Boringhieri, Torino, 1994. Cf. también A. Santosuosso, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Cortina, Milano, 2001; T. Pitch, *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Giappichelli, Torino, 2004.

61. Es lo previsto en la ley italiana n.º 40/2004, que excluye que puedan producirse e implantarse más de tres embriones a la vez con fines de procreación asistida; con la consecuencia de que, si fracasa el implante, la mujer deberá someterse a nuevas aplicaciones siempre peligrosas para su salud. Y lo que es más grave, pues esta ley prohíbe la revocación del consentimiento después de la fecundación del óvulo, de manera que la mujer, aun cuando supiera que el embrión está enfermo o malformado, debería soportar obligatoriamente su implantación sin otro modo de tutela que el posterior recurso al aborto. Naturalmente, esta norma es inaplicable, a menos de admitir la ejecución forzada de la implantación, en el caso de que la mujer se opusiera. Según esta ley, además, las nuevas técnicas de procreación sólo están permitidas a «parejas de mayores de edad de distinto sexo, casados o convivientes», sobre la base del formal consenso de ambos y, por consiguiente, sin la posibilidad de recurrir a la llamada «fecundación heteróloga», es decir, a ovocitos o espermatozoides extraños a la pareja, aun cuando los aspirantes a padres padecieran alguna enfermedad genética. En fin, el recurso a las técnicas de procreación asistida está sujeto a una larga serie de trabas burocráticas e intervenciones disuasorias, como la advertencia por parte del médico de los «posibles efectos colaterales sanitarios y psicológicos» y del «grado de invasividad de las técnicas»; la información sobre el posible recurso a la «adopción», así como sobre los «costes económicos de todo el procedimiento»; la previsión de un «término no inferior a siete días» que deberá transcurrir «entre la manifestación de la voluntad y la aplicación de la técnica». En el furor obstruccionista, contradictoriamente, se ha llegado a prohibir tanto la conservación como la supresión de los embriones. Hoy existen, según parece, varias decenas de miles de embriones congelados que, como resultado de esta doble prohibición, no podrán ser destruidos, so pena de sufrir hasta tres años de cárcel, pero tampoco implantados, visto que en tal caso se incurriría en la vetada fecundación heteróloga. Así, la ley ha conseguido violar simultáneamente todos los principios más importantes de nuestro ordenamiento. En particular la libertad de las mujeres, en el doble sentido de libertad de las opciones de vida y de inmunidad del propio cuerpo frente a intervenciones coactivas. En segundo lugar, su dignidad de personas, pues la implantación forzosa que se sigue de la imposibilidad de revocar el consentimiento equivale a la reducción de la mujer a cosa, o sea, a instrumento para fines ajenos. En tercer lugar, el principio de igualdad, dado que esta ley discrimina a las mujeres solas respecto de las casadas y a las parejas «irregulares» en relación con las «regulares» e, incluso, prevé la inscripción en un «registro nacional» no sólo «de los embriones formados» sino también «de los nacidos merced a la aplicación de las técnicas» de procreación. En cuarto lugar, el derecho a la salud de la mujer, por los peligros que se siguen de las múltiples operaciones de implantación que impone el limitado número de embriones utilizables cada vez. En fin, la laicidad de nuestro ordenamiento, dado que esta ley está claramente dirigida a imponer a todos una opción dictada por la religión católica sin otro efecto que el de hacer ilegal y clandestino lo que ilusoriamente querría impedirse.

62. Eugenio Lecaldano llama a estas dos libertades, aquí denominadas «derecho a la autodeterminación de la maternidad», «derecho a la libertad procrea-

tiva» (*Bioetica. Le scelte morali*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 131-196). Sobre esta cuestión cf. también P. Iagulli, '*Diritti riproduttivi*' *e riproduzione artificiale. Verso un nuovo diritto umano? Profili ricostruttivi e valutazioni biogiuridiche*, Giappichelli, Torino, 2001.

63. Se ha advertido que el término *privacy* no tiene un adecuado equivalente italiano, ya que incluye muchos derechos y aspectos no inmediatamente reducibles al de *riservatezza*, así G. Martinotti, «La difesa della 'privacy'»: *Politica del diritto* 6 (1971), 749-779, en particular, pp. 755-756, que desaconseja el uso de términos como el anglicismo *privatezza* o el limitativo *riservatezza*; G. Alpa, «Privacy e Statuto dell'informazione»: *Rivista di diritto civile* 1 (1979), 71 ss.; P. Patrono, «Privacy e vita privata», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXXV, 1986, pp. 557-588. Sobre la *privacy* cf. además G. Pugliese, «Il diritto alla 'riservatezza' nel quadro dei diritti della personalità»: *Rivista di diritto civile* 9 (1963), 605-627; F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personalité*, cit.; S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1995; Íd. «Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali»: *Rivista critica di diritto privato* (1997); Íd., *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione* [1977], Laterza, Roma-Bari, 2004 (trad. cast., *Tecnopolítica. La democracia y las nuevas tecnologías de la comunicción*, Losada, Buenos Aires, 2000); Íd. «Privacy in rete»: *Parolechiave* 34 (2005), 23-32; F. Cardarelli y V. Zeno-Zencovich, *Il diritto delle telecomunicazioni. Principi, normativa, giursiprudenza*, Laterza, Roma-Bari, 1997; A. Loiodice y G. Santaniello, *La tutela della riservatezza*, Cedam, Padova, 2000; M. G. Losano (ed.), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Laterza, Roma-Bari, 2001; R. Pardolesi (ed.), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, 2 vols., Giuffrè, Milano, 2003; G. Corasaniti, *Esperienza giuridica e sicurezza informatica*, Giuffrè, Milano, 2003, cap. IV; A. Sánchez Urrutia, H. C. Silveira Gorski y M. Navarro Michel, *Tecnologia, intimidad y sociedad democrática*, epílogo de S. Rodotà, Icaria, Barcelona, 2003; E. Garzón Valdés, «L'intimo, il privato, il pubblico», en P. Comanducci y T. Mazzarese (eds.), *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale e politica*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 97-133; J. Monducci, *Diritti della persona e trattamento dei dati particolari*, Giuffrè, Milano, 2003; F. Rimoli y G. M. Salerno (eds.), *Conoscenza e potere. Le illusioni della trasparenza*, Carocci, Roma, 2006. En fin, sobre el problema de las relaciones (y los posibles conflictos) entre derecho a informar y respeto de la *privacy* y de la dignidad personal, cf. M. Paissan (ed.), *Privacy e giornalismo. Diritto di cronaca e diritti dei cittadini*, Garante per la protezione dei dati personali, Roma, 2006.

64. Recuérdense los arts. 14 y 15 de la Constitución italiana según los cuales «el domicilio es inviolable», como también «la libertad y el secreto de la correspondencia o de cualquier otra forma de comunicación», cuya «limitación sólo podrá tener lugar por orden motivada de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la ley».

65. S. D. Warren y L. D. Brandeis, «The Right to Privacy»: *Harvard Law Review* 4 (1890), 193-220, generalmente considerados como los fundadores de la noción jurídica de *privacy* (trad. cast. de P. Baselga, *El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995).

66. Se trata de los delitos previstos en los arts. 614-615 y 616-620 del Código Penal italiano. Por ley 98/2004, de 8 de abril, se introdujo además un art. 615 *bis*, que castiga, mediando querella de parte, con privación de libertad de 6 meses a 4 años (o de oficio, con prisión de 1 a 5 años, si el hecho hubiera sido cometido por funcionario público) «a quien, haciendo uso de instrumen-

tos de grabación de imagen o sonido, obtiene indebidamente» —o «revela o difunde»— «noticias o imágenes atinentes a la vida privada desarrolladas en los lugares indicados en el art. 614». Con ley 547/1993, de 23 de diciembre, se introdujeron los delitos de «acceso abusivo a un sistema informático o telemático» (art. 615 *ter*), «tenencia y difusión abusiva» de su código de acceso (art. 615 *quater*), e «interceptación, impedimento, interrupción ilícita de comunicaciones informáticas y telemáticas» (art. 617 *quater*).

67. Está comprendida también entre las garantías de este tipo la prohibición con la que —como he recordado en la nota 24— el Consejo Superior de la Magistratura puso fin a las informaciones policiales sobre las opiniones políticas y la vida privada de los candidatos al ingreso en la magistratura.

68. D. Zolo, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 51. Sobre Echelon véase L. Mainoldi, «Oltre Echelon: dove va lo spionaggio elettronico», en el cuaderno *I signori della rete*. *Limes* 1 (2001), 151-161. Sobre el panoptismo informático, cf. además D. Lyon (ed.), *Surveillance as Social Sorting. Privacy, Risk and Digital Discrimination*, Routledge, London-New York, 2003; S. Rodotà, «Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici», en M. Bovero (ed.), *Quale libertà*..., cit., pp. 33-62; Íd., *Tecnopolitica*..., cit., pp. 134-199; Íd., *La vida y las reglas*, cit., pp. 119-137.

69. Sobre la medicina predictiva y sus implicaciones sociales, cf. M. Fontali, A. G. Jacopini y A. Novelletto, «La medicina predittiva: esperienze, prassi e principi etici», en S. Rodotà, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 44-56 y la bibliografía que allí se cita. En cuanto a las informaciones relativas sobre todo a los sujetos más débiles, L. Wacquant, *Les prisons de la misère* [1999], trad. it., *Parola d'ordine: toleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Feltrinelli, Milano, 2000, pp. 61-62 (trad. cast. de H. Pons, *Las cárceles de la miseria*, Alianza, Madrid, 2000) refiere que en Estados Unidos se han instituido bancos de datos centralizados e informatizados, en los que se registra a todas las personas que de algún modo se hayan visto envueltas en procesos penales (con un total de 55 millones de «fichas criminales», muchas de ellas «genéticas», es decir, relativas al perfil del ADN); con el efecto inevitable de la estigmatización de los fichados, destinado a pesar sobre su posibilidad de hallar un empleo, por la facilidad con que en muchos casos pueden acceder a esos datos también las empresas privadas. En todos los países europeos existen ficheros de quienes aún no han sido juzgados (*ibid*., pp. 89-92). En los occidentales, en general, añade Wacquant (*ibid*., pp. 87-89), se ha llevado a cabo, además, el registro masivo de la población pobre, a través de «dispositivos panópticos» conectados a las distintas prestaciones sociales —de las oficinas de empleo a los entes de asistencia y previsión y a los diversos servicios sociales—, todos basados en la recolección coordinada de informaciones sobre las personas asistidas; tanto que en Francia, en un informe de la «Commission nationale informatique et liberté», de 1994, se expresó «el temor de asistir al desarrollo de un fichero global de las poblaciones desfavorecidas y por consiguiente de una suerte de cartografía de la exclusión fundada en la definición de perfiles individuales o familiares de precariedad».

70. D. Lyon, *La società sorvegliata. Tecnologie di controllo della vita quotidiana*, prólogo de S. Rodotà, Feltrinelli, Milano, 2002.

71. S. Rodotà, «Libertà personale...», cit., pp. 49-50, que propone también «acompañar el *habeas corpus* de un *habeas data* que responda a la misma lógica». Cf. también S. Rodotà, *Tecnopolitica*..., cit., pp. 181-199. Íd., *La vida y las reglas*, cit., cap. I, titulado «El cuerpo», pp. 93-118.

72. S. Rodotà, «Libertà personale...», cit., p. 53.

73. *Pro Cluentio*, cap. LIII.

74. Sobre la cuestión, me limito a recordar C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 49; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 229; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova, [2]1992, pp. 390-391. La cuestión es pacífica también en la jurisprudencia constitucional italiana (Corte Constitucional sentencias n.os 175/1971, 105/1972, 113/1974).

75. Estos límites son todos y los únicos recabables del texto constitucional, diversamente de lo que ocurre con los límites «lógicos», que deben considerarse implicados por la previsión genérica de la «libertad de palabra» y de «prensa» en la primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos. Cf. en este sentido A. Pace, *op. cit.*, pp. 388-389, 398-418 y 420-421.

76. Es la tesis dominante en la doctrina italiana, aunque, como se dirá más adelante, esté en contradicción con el predicado «propio», asociado en el art. 21 de la Constitución al «pensamiento» que «todos tienen derecho a manifestar [...] mediante la palabra, por escrito y cualquier otro medio de difusión»: «Es casi pacífico, en doctrina y en jurisprudencia», escribe Alessandro Pace, «que el derecho de libre manifestación del pensamiento no corresponde sólo a las personas físicas. Lo confirma la circunstancia de que la legitimidad constitucional de las normas en materia radiotelevisiva ha sido debatida también ante la Corte Constitucional, precisamente a la luz del art. 21 de la Constitución, aunque los sujetos demandantes de tutela fuesen personas jurídicas privadas (emisoras radiotelevisivas, empresas de repetición de programas extranjeros, etc.); y nunca se ha objetado la irrelevancia de las cuestiones de inconstitucionalidad, en consideración a la naturaleza jurídica de tales sujetos (Corte Constitucional, sentencias n.os 59/1960, 202/1976, 148/1981, 231/1985, 35/1986, 153/1987 y 826/1988)» (*Problematica...*, cit., p. 418).

77. C. Esposito, *La libertà...*, cit., p. 27, nota 58; V. Crisafulli, «Problematica della libertà d'informazione»: *Il politico* (1964), 297; A. Pace, *op. cit.*, pp. 429-430, que cita las sentencias de la Corte Constitucional n.os 59/1960, 105/1972, 225/1974, 202/1976, 148/1981 y 826/1988. Consecuentemente, aunque el art. 21 establezca «el derecho» de «todos» a «manifestar libremente el propio pensamiento mediante la palabra, por escrito y por cualquier otro medio de información», no existiría un derecho de acceso a los medios de información.

78. Es el propio Pace, *Problematica...*, cit., pp. 396-397, quien, en contraste con la tesis recogida en la nota 76, subraya esta connotación específica, como, por lo demás, ya lo había hecho C. Esposito, *La libertà...*, cit., p. 36. La misma connotación está en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, que en el art. 5 establece que «todos tienen derecho a expresar y difundir libremente *sus* opiniones mediante palabras, escritos e imágenes».

79. Recuérdense las sentencias n.os 148/1981 y 826/1988 de la Corte Constitucional italiana sobre el valor del pluralismo. De modo análogo insiste sobre la única necesidad de «una eficaz normativa *anti-trust*» A. Pace, *Problematica...*, cit., pp. 434 ss.; Íd., «La radiotelevisione in Italia»: *Rivista trimestrale di diritto pubblico* (1987), 615 ss.

80. Sobre la cuestión véase el § 15.22. De un derecho a «recibir información» habla el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: «Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de las propias opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas sin limitaciones de fronteras, por cualquier medio de expresión». El art. 11 de la Carta de Niza

de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge casi literalmente el mismo principio, añadiendo en su segundo párrafo: «Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo». Recuérdense, además, el art. 37 de la Constitución portuguesa de 1976, según el cual «toda persona tiene el derecho de informar, de informarse y de ser informado», y el art. 20 4.1 *d* de la Constitución española de 1978, que reconoce el derecho «a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». Véase, *infra*, la nota 205.

81. Valía, pues, para ellas la garantía que expresa la antigua invitación de John Milton a la «libre contienda» entre verdad y falsedad, que recordaré, junto con las precisiones de John Stuart Mill, en el § 15.22 y en las notas 212-214.

82. Sobre los actuales problemas de la información, cf., de una vastísima literatura, L. Paladin (ed.), *La libertà d'informazione*, Utet, Torino, 1979; G. Bognetti, *Costituzione, televisione e leggi antitrust*, Giuffrè, Milano, 1996; P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione. Stampa, radiotelevisione, teatro e cinema*, Il Mulino, Bologna, ²2001; C. Chiola, *L'informazione nella Costituzione*, Cedam, Padova, 1973; A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1988; Íd., «Libertà di informazione. O potere?», en M. Bovero (ed.), *Quale libertà...*, cit., pp. 121-164; J. B. Thompson, *The Media and Modernity. A Social Theory of the Media* [1995], trad. it., *Mezzi di comunicazione e modernità. Una teoria sociale dei media*, Il Mulino, Bologna, 1998; G. Sartori, *Homo videns*, Laterza, Roma-Bari, 1997 (trad. cast. de A. Díaz Soler, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid, 1997); A. Chimenti, *Informazione e televisione. La libertà vigilata*, Laterza, Roma-Bari, 2000; P. Costanzo, «Stampa (libertà di)», en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, cit., XIV, 1998; R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione e delle comunicazioni*, Cedam, Padova, 1998; L. Carlasarre (ed.), *La comunicazione del futuro e i diritti delle persone*, Cedam, Padova, 2000; V. Zeno-Zencovich, *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Il Mulino, Bologna, 2004; S. Rodotà, *Tecnopolitica...*, cit.

83. Actualmente existe en Italia una pluralidad de instituciones dotadas de poderes de control en materia de información, fruto de una legislación confusa, variable y a veces *ad personam*: la Autoridad para las comunicaciones, el Ministerio de las Comunicaciones, la Comisión parlamentaria de vigilancia y la Autoridad garante de la competencia. De ello se sigue una trama y un conflicto de competencias concurrentes y superpuestas que se resuelven en un sustancial vacío de control y de regulación (A. Chimenti, *Informazione...*, cit., pp. 101-135). En particular la *Autoridad para las garantías en las comunicaciones*, instituida por la ley 297/1997, ha sustituido al viejo «Garante de la actuación de la ley» 416/1981, después transformado por la ley 223/1990 en el «Garante para la radiodifusión y la actividad editorial». Compuesta de ocho miembros de designación parlamentaria y de un presidente nombrado a propuesta del presidente del gobierno, esta autoridad debería tener la función de eliminar e impedir la formación de «posiciones dominantes» en el sector de las comunicaciones, función miserablemente frustrada, con la conversión de hecho de la Autoridad en comisario del gobierno, mediante el decreto legislativo 295/2003. Es claro que para transformarla en una seria institución de garantía independiente sería necesario garantizar la función orgánica de las instituciones de gobierno, concentrar en ellas todas las demás competencias en la materia hoy distribuidas entre órganos gubernativos, parlamentarios y de garantía, y dotarla de efectivos poderes de control sobre la concentración de las cabeceras, así como de poderes de vigilancia y tutela de la libertad de información y de manifestación del pensamiento de los periodistas y de su independencia de los poderes tanto políticos como propietarios.

84. En otras palabras, la libertad de asociación se refiere a cualquier agrupación de personas para un fin lícito, incluidas por consiguiente las sociedades con fines económicos, que, sin embargo, tienen su fundamento más específico en los derechos de autonomía privada. Es la tesis ampliamente dominante: cf. P. Barile, «Associazione (diritto di)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. III, 1958, pp. 33 ss.; S. Bartole, *Problemi costituzionali della libertà di associazione*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 33 ss.; F. Galgano, *Le società in genere. Le società di persone*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 7-9; A. Pace, *Problematica*..., cit., pp. 339-342. Esto obviamente no elimina la asimetría varias veces señalada entre la libertad de crear sociedades comerciales, que es un derecho-poder de autonomía (D11.8, D11.16, T11.71), cuyo ejercicio está sujeto a los límites y vínculos ilustrados en los §§ 14.19-14.21 para la tutela de los demás derechos fundamentales (T12.133-T12.134), y el más genérico derecho de asociación, que es un derecho de libertad (D11.13, D11.15) que, a falta de tales límites y vínculos, está destinado, junto con las restantes libertades, a ser gravemente amenazado: «La libertad asociativa en el terreno de la economía», ha escrito Pietro Rescigno, «la única libertad 'corporativa' (en el sentido originario del término) que ha permanecido inmune a las prohibiciones y al disfavor del estado liberal, puede convertirse en la más seria amenaza para el ejercicio de la libertad y de la dignidad humana» (*Persona e comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966, p. 21).

85. El nexo entre «método democrático» en la determinación de la política nacional y «derecho de asociarse libremente en partidos» está enunciado de manera expresa en el art. 49 de la Constitución italiana. Sobre el papel decisivo de los partidos en la organización de la democracia, cf., por todos, H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, [2]1958, parte II, cap. IV, B), h), 3, pp. 349-353. Pero, acerca del asociacionismo —no sólo político sino también y sobre todo civil sobre las cuestiones, intereses, iniciativas y finalidades más variadas, como tejido de base de la democracia americana— recuérdense también de A. de Tocqueville, *La democracia en América*, Trotta/Liberty Fund, Madrid, vol. I, Segunda Parte, cap. IV, pp. 366-374, y vol. II, Segunda Parte, caps. V, VI y VII, pp. 858-876.

86. En este sentido, cf. el excelente trabajo de V. Pazé, «Libertà di riunione e di associazione», en M. Bovero (ed.), *Quale libertà*..., cit., pp. 165-177, que cita las páginas de Tocqueville sobre el nexo entre aislamiento de los hombres y despotismo, que merece ser recogido íntegramente por su actualidad: «El despotismo, que es tímido por naturaleza, ve en el aislamiento de los hombres la garantía más segura de su propia duración, y de ordinario pone todas sus precauciones en aislarlos. No hay vicio del corazón humano que le agrade tanto como el egoísmo [...] Llama espíritus turbulentos e inquietos a los que pretenden unir sus esfuerzos para crear la prosperidad común y, cambiando el sentido de las palabras, llama buenos ciudadanos a los que se encierran estrictamente en sí mismos [...] El despotismo alza barreras entre ellos y los separa» y «hace de la indiferencia una especie de virtud pública» (A. de Tocqueville, *La democracia en América*, cit., vol. II, Segunda Parte, cap. IV, pp. 852-853). Sigue —en el cap. VI de la Cuarta Parte, titulado «Qué especie de despotismo deben temer las naciones democráticas»— un pasaje extraordinariamente premonitorio: «Si quiero imaginar bajo qué rasgos nuevos podría producirse el despotismo en el mundo, veo una multitud innumerable de hombres semejantes e iguales que giran sin descanso sobre sí mismos para procurarse pequeños y vulgares placeres con los que llenan su alma. Cada uno de ellos, retirado aparte, es extraño al destino de todos los demás. Sus hijos y sus amigos particulares forman para él toda la especie humana. En cuanto al resto de sus conciudadanos, están a su lado pero no los

ve; los toca pero no los siente, no existe más que en sí mismo y para sí mismo, y si todavía le queda una familia, se puede al menos decir que no tiene patria. Por encima de ellos se alza un poder inmenso y tutelar [...] Es absoluto, minucioso, regular, previsor y benigno [...] Quiere que los ciudadanos gocen con tal de que sólo piensen en gozar [...] Nuestros contemporáneos están atormentados por dos pasiones enemigas: sienten la necesidad de ser conducidos y el ansia de permanecer libres. Al no poder destruir ni uno ni otro de esos instintos contradictorios, se esfuerzan por satisfacerlos a la vez. Imaginan un poder único tutelar, todopoderoso, pero elegido por los ciudadanos [...] Con ese sistema, los ciudadanos salen un momento de la dependencia para señalar a su amo y vuelven a entrar en ella» (*ibid*., vol. II, Cuarta Parte, cap. VI, pp. 1151-1156). A. de Tocqueville recoge las mismas tesis en *L'ancien régime et la révolution* [1859], trad. cast. de D. Sánchez de Aleu, *El antiguo régimen y la revolución*, Alianza, Madrid, 1982: «Los hombres, al no estar ya vinculados por lazos de casta, de clase, de corporación, de familia, se sienten demasiado inclinados a no preocuparse más que de sus intereses particulares, siempre tentados de no pensar sino en sí mismos y de encerrarse en un individualismo estrecho que ahoga toda virtud pública. El despotismo, lejos de luchar contra esta tendencia, la hace mucho más fuerte, pues quita a los ciudadanos toda pasión común, toda necesidad mutua, toda exigencia de entenderse, toda ocasión de actuar conjuntamente; los encierra, por decirlo así, en la vida privada. Ellos tendían ya a alejarse unos de otros: el despotismo los aísla. No había ya excesiva solidaridad entre ellos: el despotismo acentúa esa indiferencia. En esta clase de sociedades en las que nada es fijo, todos se sienten constantemente aguijoneados por el temor a descender y el afán de subir. Y como el dinero, al mismo tiempo que se ha convertido en el signo principal para clasificar y distinguir entre sí a los hombres, ha adquirido en ellas una movilidad singular, y pasa incesantemente de mano en mano, transformando la condición de los individuos y elevando o rebajando a las familias, apenas hay alguien que no se vea obligado a hacer un esfuerzo desesperado y continuo para conservarlo o para adquirirlo. El ansia de enriquecerse a toda costa, el amor a los negocios, el afán de lucro, la búsqueda del bienestar y de los goces materiales, constituyen en esas sociedades las pasiones más comunes. Estas pasiones se extienden por todas las clases [...] Mas es propio de la esencia misma del despotismo favorecerlas y extenderlas. Estas pasiones enervantes vienen en su ayuda, pues alejan y desvían la imaginación de los hombres de los negocios públicos y les hacen temblar ante la idea de una revolución. Sólo él puede proporcionarles el secreto y la sombra que ponen a cubierto su codicia y permiten la obtención de beneficios deshonestos sin afrontar la deshonra. Sin él, esas pasiones hubieran sido fuertes, con él, reinan como soberanas» (Prólogo, vol. I, p. 50).

87. *Ibid*., pp. 51-51: «Por el contrario, en tales sociedades sólo la libertad puede combatir eficazmente los vicios que les son propios, y detenerlas en la pendiente por la que se deslizan. Sólo ella puede, en efecto, sacar a los ciudadanos del aislamiento en que les hace vivir la misma independencia de su condición, para constreñirlos a aproximarse unos a otros. Es lo único que los enardece y los reúne cada día, impulsados por la necesidad de entenderse, de persuadirse y de complacerse mutuamente en la práctica de los asuntos comunes [...] por lo que puede decirse de manera rigurosa que el gusto que se muestra por el gobierno absoluto está en relación directa con el desprecio que se siente por la patria». En este papel político de las libertades se inspiran las bellas páginas de F. Cassano, *Homo civicus*, Dedalo, Bari, 2004, pp. 23-29, sobre el valor de la «ciudadanía activa» como «aristocracia de las virtudes públicas en lucha contra las *élites* de la política y de la economía», así como del asociacionismo político que, «al mante-

ner unidos a los hombres por las ideas», «es la única forma de que los intereses comunes vuelvan, sin imposiciones desde arriba, al centro de la atención de los individuos, la forma libre y democrática de combatir el idiotismo de las masas y a sus interesados tutores y cantores, una salida de la soledad que es absolutamente necesaria para los más débiles». «El *homo civicus*», prosigue Cassano, «está a la misma distancia del súbdito, que es la condición de permanente subalternidad en la que se encuentra el hombre del Estado ético-totalitario, y del consumidor, que es la que asume la condición de súbdito en la época de la globalización. El *homo civicus* no es ni un súbdito devoto ni un alegre consumidor, sino el hombre capaz de autogobierno» (*ibid*., p. 29), «en cuanto se asocia y se ocupa de la cosa pública» (*ibid*., p. 27).

88. La cita la tomo de V. Pazé, «Libertà di riunione...», cit., p. 165. «Así ocurre», proseguía Turati, «que un artículo de periódico, por ejemplo, al suscitar una determinada cuestión, provoca en los lectores la necesidad de reunirse para ventilarla; y la reunión y la discusión estimula la necesidad de que la prensa dé cuenta de ellas, amplíe su alcance, ilustre o impugne los diversos pareceres. En suma, estas libertades se sostienen, se suponen, se engarzan de un modo que no es posible lesionar a una de ellas sin ofender a la otra» (*Il diritto di riunione. Discorso pronunciato alla Camera dei deputati il 13 marzo 1900*, Tipografia della Camera dei deputati, Roma, 1900, pp. 94-95).

89. En la Declaración de Derechos de 1789 no se mencionaban ni la libertad de reunión ni la de asociación. Sólo el «derecho de reunirse pacíficamente y sin armas» fue reconocido por el art. 63 de la ley de 14-18 de diciembre de 1789, por el título I de la Constitución de 3 de septiembre de 1791 y después por el art. 7 de la Constitución de 24 de junio de 1793. Pero tanto el derecho de reunión como el de asociación fueron excluidos por los arts. 360-363 de la Constitución francesa de 22 de agosto de 1795, de acuerdo con la aversión de la ideología revolucionaria francesa, de ascendencia rousseauniana, por los cuerpos intermedios y por las asociaciones, siempre sospechosas de corporativismo: «Il ne peut être formé de corporations ni d'associations contraires a l'ordre public» [No se puede formar corporaciones ni asociaciones contrarias al orden público] (art. 360); «Aucune assemblée de citoyens ne peut se qualifier de société populaire» [Ninguna asamblea de ciudadanos puede calificarse de sociedad popular] (art. 361); «Aucune société particulière, s'occupant des questions politiques, ne peut correspondre avec une autre, ni s'affilier à elle, ni tenir des séances publiques, composées de sociétaires et d'assitants distingués les uns des autres, ni imposer des conditons d'admission et d'éligibilité, ni s'arroguer des droits d'exclusion, ne faire porter à ses membres aucun signe extérieur de leur association» [Ninguna sociedad particular que se ocupe de cuestiones políticas puede concertarse con otra ni afiliarse a ella, ni tener sesiones públicas compuestas por asociados y asistentes distintos unos de otros, ni imponer condiciones de admisión y elegibilidad, ni arrogarse derechos de exclusión, ni hacer llevar a sus miembros ningún signo exterior de su asociación] (art. 362); «Les citoyens ne peuvent exercer leur drotis politiques que dans les Assemblées primaires ou communales» [Los ciudadanos no pueden ejercer sus derechos políticos más que en las Asambleas primarias o comunales] (art. 363). Recuérdese, además, la ley Le Chapelier, de 14 de junio de 1791, que prohibía las asociaciones voluntarias de oficios y en cuya presentación se afirmaba: «Il doit sans doute être permis à tous les citoyens de s'assembler; mais il ne doit pas être permis aux citoyens de certaines professions de s'assembler pour leurs intérêts communs. Il n'y a plus de corporations dans l'État: il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu, et l'intérêt général. Il n'est permis à personne d'inspirer aux

citoyens un intérêt intermédiaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de corporation». [Debe, sin duda, estar permitido a todos los ciudadanos reunirse, pero no debe estar permitido a los ciudadanos de ciertas profesiones reunirse para sus intereses comunes. No hay corporaciones en el Estado; no hay sino el interés particular de cada individuo y el interés general. No le está permitido a nadie inspirar a los ciudadanos un interés intermedio, separarlos de la cosa pública por un espíritu de corporación]. Sobre la legislación revolucionaria en materia de libertad de asociación, cf. M. A. Cattaneo, *Il partito politico nel pensiero dell'illuminismo e della rivoluzione francese*, Giuffrè, Milano, 1964, en particular, el cap. II, pp. 63-102; G. Maranini, *Classe e Stato nella rivoluzione francese*, Sansoni, Perugia, 1935; G. Miele, «Associazione (diritto di)», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. I, t. II, 1958, pp. 1416-1423. La primera afirmación de los dos derechos se produjo con el art. 8 de la Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848: «Les citoyens ont le droit de s'associer, de s'assembler paisiblement et sans armes» [Los ciudadanos tienen el derecho de asociarse, de reunirse pacíficamente y sin armas]. Pero una ley de 25 de marzo de 1852 restableció la autorización preventiva del gobierno introducida por el art. 291 del código penal de 1810. Sólo con una ley de 1 de agosto de 1901, después del reconocimiento de las asociaciones sindicales y de las sociedades de socorro mutuo, en los años ochenta, se afirmó en Francia la plena libertad de asociación. En Estados Unidos, en cambio, el derecho de los ciudadanos «a reunirse de forma pacífica» fue afirmado desde la primera enmienda, de 1791. En cuanto a Italia, el art. 32 del Estatuto albertino del 1848, después de haber reconocido «el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, conforme a lo que dispongan las leyes», establecía que «esta disposición no es aplicable a las reuniones en lugares públicos, o abiertos al público, que están enteramente sujetos a las leyes de policía». En el código Rocco existe todavía el delito de «reunión sediciosa» (art. 655).

90. F. de Vitoria, «De indis recenter inventis relectio prior» [1539], en *De indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae XII*, ed. de E. Nys, «The Classics of International Law», Oceana, New York, 1964, sect. III, 1, p. 257: «Nunc dicam de legitimis titulis et idoneis, quibus barbari venire potuerunt in dicionem Hispanorum: 1. Primus titulus potest vocari naturalis societais et communicationis. 2. Et circa hoc sit prima conclusio: Hispani habent ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi, sine aliquo tamen nocumento barbarorum, nec possunt ab illis prohiberi» [Hablaré ahora de los títulos legítimos e idóneos por los que los indígenas han podido venir a poder de los españoles: 1. El primer título puede llamarse de natural sociedad y comunicación. 2. Y haya acerca de esto una primera conclusión: Los españoles tienen el derecho de viajar hasta aquellas provincias y vivir allí, pero sin daño alguno para los indígenas, y ellos no pueden prohibírselo]; *ibid.* 2 *prob.* 10, p. 258: «Decimo, 'iure naturali communia sunt omnium, et aqua profluens, et mare, item flumina et portus, atque naves iure gentium undecumque licet applicare' (*Inst., De rerum divisione*), et eadem ratione videntur publica. Ergo neminem licet ab illis prohibere. Ex quo sequitur quod barbari iniuriam facerent Hispanis, si prohiberent illos a suis regionibus» [Décimo: 'Por derecho natural las cosas comunes son de todos, tanto las corrientes de agua como el mar, lo mismo que los ríos y los puertos y, por el derecho de gentes, es lícito que las naves arriben desde dondequiera que sea' (*Inst, De rerum divisione*), y por esa misma razón parecen públicas. Luego no es lícito prohibírselas a nadie. De lo cual se sigue que los indígenas harían una injusticia a los españoles, si los rechazaran de sus tierras]; *ibid*., 5, IV *propositio*, p. 260: «Immo si ex aliquo Hispano nascantur ibi liberi et velint esse cives, non videtur quod possint prohiberi vel a civitate vel a commodis aliorum civium

—dico ex parentibus habentibus illic domicilium [...] Unde e contrario nolle accipere hospites et peregrinos est de se malum» [Más aún, como de algún español nazcan allí hijos y quieran naturalizarse, no parece que pueda prohibírseles sea la ciudadanía o sean los beneficios de los otros ciudadanos —quiero decir de padres que tengan allí su domicilio [...] De donde, *e contrario*, no querer acoger huéspedes y viajeros es de suyo malo].

91. *Ibid*., *sect*. III, 6, V *propositio*, p. 260: «Si barbari velint prohibere Hispanos in supra dictis a iure gentium, puta vel commercio vel aliis, quae dicta sunt, Hispani primo debent ratione et suasionibus tollere scandalum et ostendere omni ratione se non venire ad nocendum illis, sed pacifice velle hospitari et peregrinari sine aliquo incommodo illorum [...] Quod si, reddita ratione, barbari nolint acquiescere, sed velint vi agere, Hispani possunt se defendere et omnia agere ad securitatem suam convenientia, quia vim vi repellere licet. Nec solum hoc, sed, si aliter tuti esse non possunt, artes et munitiones aedificare, et, si acceperint iniuriam, illam auctoritate principis bello prosequi et alia belli iura agere» [Si los indígenas quieren privar a los españoles del derecho de gentes en lo sobredicho, piénsese en el comercio o en otras cosas que se han mencionado, los españoles, primero, deben evitar el escándalo con razones y argumentos y demostrar por todos los medios que no vienen para causarles daño, sino que quieren hospedarse y viajar sin perjuicio alguno para ellos [...] Pero si, expuesta la explicación, los indígenas no quieren aquietarse, sino que quieren actuar por la fuerza, los españoles pueden defenderse y hacer todo lo conveniente para su propia seguridad, porque es lícito repeler la fuerza con la fuerza. Y no sólo esto, sino que, si de otro modo no les es posible estar seguros, (pueden) construir máquinas de guerra y fortificaciones y, si recibieren alguna injusticia, perseguirla con la guerra bajo la autoridad del príncipe y ejercer otros derechos de la guerra]. Sobre esta construcción jurídica de Vitoria, remito a mi *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 1-28.

92. J. Locke, *Segundo tratado sobre el Gobierno civil*, cit., cap. 5, § 34, p. 61.

93. *Ibid*., § 36, pp. 62-63. Véanse también los pasajes de Locke citados *supra* en la nota 24 del capítulo X e *infra* en las notas 172-173 de este capítulo.

94. *Ibid*. p. 63.

95. «El súbdito (incluso considerado como ciudadano) tiene derecho a emigrar, porque el Estado no podría retenerlo como propiedad suya» (I. Kant, «Principios metafísicos de la doctrina del derecho», cit., § 50, p. 175).

96. I. Kant, *La paz perpetua*, Espasa-Calpe, Madrid, 1982, p. 27.

97. *Ibid*., pp. 27-28. Aquí Kant parece admitir no solamente el «derecho de visita» de que habla en el pasaje citado en la nota precedente, sino un derecho de inmigrar e instalarse de manera estable en el país de inmigración.

98. «Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country» [Todos tienen el derecho de abandonar cualquier país, incluyendo el propio, y de volver a su país]. El primer párrafo del art. 13 establece que «everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each State» [todos tienen derecho a la libertad de movimiento y residencia dentro de los límites de cada Estado]. Las mismas normas están esencialmente reproducidas en el art. 2 del Protocolo n.º 4 del Convenio Europeo de 1950, y en el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. De manera análoga, la Constitución italiana establece, en el art. 35.4 que «la República reconoce la libertad de emigración». El art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, además, reconoce a todos, junto

al «derecho a una nacionalidad», el «derecho a cambiar de nacionalidad» («the right to change his nationality»).

99. «Si se compara» —con las «relaciones pacíficas» generadas por el «derecho de visita», escribe Kant, prosiguiendo el pasaje citado en la nota 97— «la conducta *inhospitalaria* de los Estados civilizados de nuestro continente, particularmente de los comerciantes, produce espanto la injusticia que ponen de manifiesto en la *visita* a países y pueblos extranjeros (para ellos significa lo mismo que *conquistarlos*). América, los países negros, las islas de las especias, el Cabo, etc., eran para ellos, al descubrirlos, países que no pertenecían a nadie, pues a sus habitantes no los tenían en cuenta para nada. En las Indias orientales (Indostán) introdujeron tropas extranjeras, bajo el pretexto de establecimientos comerciales, y con las tropas introdujeron la opresión de los nativos, la incitación de sus distintos Estados a grandes guerras, hambres, rebelión, perfidia y la letanía de todos los males que afligen al género humano» (*ibid*., p. 28).

100. Recuérdese el art. 4 de la Constitución francesa de 1793, recogido *supra*, en la nota 26 del capítulo XIV.

101. Remito a mis «Cittadinanza e diritti fondamentali»: *Teoria politica* 3 (1993), 63-76; «Dai diritti del cittadino ai diritti della persona», en D. Zolo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 263-292 y *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 76-80, 167-172, 339-355.

102. La tesis de la existencia de un derecho a inmigrar correlativo al derecho de emigrar es habitualmente contestada sobre la base del hecho de que este segundo derecho está configurado como un derecho relativo, es decir, únicamente en relación con el Estado de pertenencia, y no en relación con la comunidad internacional. Sin embargo, la formulación del art. 13 de la Declaración Universal de 1948 es, en este punto, indeterminada y, a mi juicio, deja abiertas ambas interpretaciones. Sostiene, aunque con argumentos iusnaturalistas, la tesis de la correlación entre derecho de emigrar y derecho de inmigrar, de modo que donde este último falte habrá una laguna, A. Dummet, «The Transnational Migration of People Seen in a Natural Law Tradition», en B. Barry y R. E. Goodin, *Free Movement. Ethical Issue in the Transnational Migration of People and Money*, Pennsylvania University Press, Philadelphia, 1992, pp. 172-173; tesis criticada por J. M. Finnis, «Commentary on Dummet and Weithman», *ibid*. La existencia de un derecho de inmigración ha sido también defendida, con apoyo en los arts. 13.2 y 22 de la Declaración de 1948, por P. Onorato, «Per uno statuto dello straniero»: *Democrazia e diritto* 6 (1989), 303-328, y por M. R. Saulle, «Il diritto di migrare come diritto fondamentale»: *Affari sociali internazionali* 2 (1992), 69-75. Sobre estos dos trabajos véanse las críticas de F. Belvisi, «Il diritto di immigrazione come diritto sovranazionale»: *Democrazia e diritto* 1 (1997), 203-220. Con todo, cualquiera que sea la solución de la cuestión en el plano dogmático en relación con el derecho vigente, en el plano teórico es, a mi juicio, indudable la implicación entre universalismo de los derechos sancionado por todas las cartas constitucionales, internacionales y estatales, y el metaderecho universal que es su presupuesto material y que es el derecho de todo ser humano a la libre circulación sobre el planeta.

103. Es el título del volumen de N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

104. Véanse los datos más analíticos recogidos en P. L. Zanchetta, *Essere stranieri in Italia*, Angeli, Milano, 1991; P. Basso y F. Perocco (eds.), *Immigrazione e trasformazione della società*, Angeli, Milano, 2000; Ídd. (eds.), *Gli immigrati in Europa. Diseguaglianze, razzismo, lotte*, Angeli, Milano, 2003;

E. Pugliese (ed.), *Rapporto immigrazione. Lavoro, sindacato, società*, Ediesse, Roma, 2000; Íd., *L'Italia tra migrazioni internazionali e migrazioni interne*, Il Mulino, Bologna, 2002; E. Vitale, *Ius migrandi. Figure erranti al di qua della cosmopoli,* Bollati Boringhieri, Torino, 2004; E. Rigo, *Europa di confine. Trasformazione della cittadinanza nell'Unione allargata*, Meltemi, Roma, 2007; G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007. Sobre la inefectividad del derecho de asilo en Italia, a pesar de reconocimiento en el art. 10.3 de la Constitución, cf., últimamente, C. F. Ferrajoli, «Un rifugio senza libertà. Il trattenimento del richiedente asilo nei centri di identificazione»: *Politica del diritto* 2 (2007). También M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Cedam, Padova, 2007.

105. Para un análisis crítico de la ley 189/2002, de 30 de julio, cf. el documento «Nuove regole per l'immigrazione? Osservazioni sul disegno di legge n. 795/S»: *Questione giustizia* 1 (2002), 206-214; A. Caputo, «La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini»: *ibid.* 5 (2002), 964-981; L. Ferrajoli, «Libertà di circolazione e di soggiorno. Per chi?», en M. Bovero (ed.), *Quale libertà...*, cit., pp. 181 ss.; A. Caputo, «Il processo degli immigrati: dati e orientamenti a confronto»: *Questione giustizia* 2 (2006), 283-312; Íd., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2006.

106. Cf. A. Dal Lago, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 1999; S. Palidda, «Le migrazioni come crimine», en P. Basso y F. Perocco (eds.), *Immigrazione...*, cit., pp. 63-75.

107. El peligro de una identidad regresiva generada, en las sociedades occidentales, por el llamado «chovinismo del bienestar» ha sido señalado por J. Habermas, *Recht und Moral (Tanner Lectures)* [1989], trad. it., *Morale, diritto, politica*, Einaudi, Torino, 1992, p. 136. Cf. también J. de Lucas, *Europa: Convivir con la diferencia. Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid, 1992; Íd., *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona, 1996.

108. Es el «teorema» con el que concluye *De los delitos y de las penas*, cit., § XLVII, p. 281: «[...] para que la pena no sea la violencia ejercida por uno o por muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima posible en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes».

109. Introduje la expresión «derecho penal mínimo» y di de ella una primera definición —como doctrina metateórica de justificación (o de no justificación) de los concretos sistemas penales y, a la vez, como modelo teórico de un derecho penal garantista— en una intervención polémicamente antiabolicionista en un seminario organizado en Barcelona por Roberto Bergalli, los días 5-8 de junio de 1985, publicada con el título «Il diritto penale minimo»: *Dei delitti e delle pene* 3 (1985), 493-524 (trad. cast. de R. Bergalli, H. C. Silveira y J. L. Domínguez, «El derecho penal mínimo»: *Poder y control* 0 [1986], 25-48). Después he desarrollado el modelo normativo del derecho penal mínimo, que es todo uno con la teoría del garantismo penal, en *Derecho y razón*, cit. Remito también a «Per un programma di diritto penale minimo», en L. Pepino (ed.), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Angeli, Milano, 1993, pp. 57-69; «Garantismo e diritto penale»: *Dei delitti e delle pene* 3 (1998), 107-124; «Crisi della legalità e diritto penale minimo», en U. Curi y G. Palombarini (eds.), *Diritto penale minimo*, Donzelli, Roma, 2002, pp. 9-21. La fórmula ha sido a veces mal interpretada: cf., por ejemplo, G. Marinucci y E. Dolcini, «Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità»: *Rivista*

italiana di diritto e procedura penale (1999), 802-820, y mi respuesta «Sul diritto penale minimo (Risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)»: *Il Foro italiano* CXXV/4 (2000), V, 126-132. Una fuente de equívocos fue el uso de la misma expresión por parte de Alessandro Baratta, que propuso una mediación, a mi juicio imposible, entre garantismo y abolicionismo —uno a corto plazo, el otro a largo plazo— en su «Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limite della legge penale»: *Dei delitti e delle pene* 3 (1985), 441-473, donde presentó las dos orientaciones como «dos movimientos de pensamiento diversos pero complementarios» (p. 442), y después en el volumen *Il diritto penale minimo. La questione penale tra abolizionismo e riduzionismo*, Esi, Napoli, 1986.

110. E. Resta, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Roma-Bari, 1992 (trad. cast. de M. A. Galmarini, *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1995), representa con eficacia este papel de la pena, y más en general del derecho, configurándola como *pharmakon*, cuya eficacia está directamente relacionada con su «diferencia» de la violencia que trata de prevenir y evitar y, a la vez, con su doble naturaleza de veneno y antídoto, de enfermedad y terapia, idóneo para funcionar como remedio precisamente en virtud de su naturaleza mimética con respecto al mal a curar: una diferencia, añade, instituida performativamente por el propio derecho y siempre expuesta al riesgo de su in-diferenciación de la violencia ilegítima; que es el riesgo de su deslegitimación cuando aquél no minimice su propia violencia, estableciendo garantías frente a los excesos y abusos en su aplicación. La imagen del *pharmakon* está tomada del pasaje de Platón, *Las leyes*, 919b —«contra esto es menester que en cada caso aporte su remedio [*pharmakon*] el legislador»— citado por Resta en epígrafe a su libro.

111. El nexo entre libertad y seguridad, en los dos sentidos ya indicados —frente a las ofensas de los delitos y frente a los arbitrios punitivos— está nítidamente expresado en los dos siguientes pasajes de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., lib. XI, cap. VI, p. 15: «La libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad. Y para que exista la libertad es necesario que el gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro»; *ibid.*, lib. XII, cap. II, p. 173: «La libertad política consiste en la seguridad, o al menos en la opinión que se tiene de la propia seguridad. Dicha seguridad no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas. Así, pues, la libertad del ciudadano depende principalmente de que las leyes criminales sean buenas»; de modo que «cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad». Cf. también, *ibid.*, lib. VI, cap. II, p. 99: «Si examinamos las formalidades de la justicia en relación con el trabajo que le cuesta a un ciudadano obtener la devolución de sus bienes o la satisfacción de una ofensa, veremos que son demasiadas. Si las examinamos en relación con la libertad o la seguridad de los ciudadanos, veremos que son demasiado pocas; y veremos que las molestias, los gastos, la lentitud e incluso los peligros de la justicia son el precio que paga cada ciudadano por su libertad». También Wilhelm von Humboldt pone de relieve ese mismo nexo entre libertad y seguridad, la segunda como garantía de la primera, en *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen* [1791], trad. it., *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, ed. de G. Perticone, Giuffrè, Milano, 1965, cap. IX, p. 96: «Yo llamo *seguros* a los ciudadanos del Estado, cuando no son obstaculizados por fuerzas extrañas en el ejercicio de sus derechos sobre la persona o la propiedad. Por consiguiente, *la seguridad es la garantía de la libertad, dentro de la ley*».

112. Recuérdense los pasajes de Platón, *Apología de Sócrates*, en *Diálogos*, introd. de E. Lledó, trad. cast. y notas de J. Calonge Ruiz, E. Lledó Iñigo y C. García Gual, Gredos, Madrid, 1981, I, pp. 139-186, donde Sócrates acepta la injusta muerte que se le inflige (30c) y rechaza provocativamente la vida y la libertad a cambio de la obediencia y de la renuncia a su enseñanza (29c-d), a fin de que su injusta condena suene como denuncia y condena de la injusticia de sus jueces: «Sabed bien que si me condenáis a muerte, siendo yo cual digo que soy, no me dañaréis a mí más que a vosotros mismos [...] Ahora, atenienses, no trato de hacer la defensa en mi favor, como alguien podría creer, sino en el vuestro, no sea que al condenarme cometáis un error respecto a la dádiva del dios para vosotros» (30c-e). Y más adelante: «Atenienses, vais a tener la fama y la culpa, por parte de los que quieren difamar a la ciudad, de haber matado a Sócrates, un sabio. Pues afirmarán que soy sabio, aunque no lo soy [...] Quizá creéis, atenienses, que yo he sido condenado por faltarme las palabras adecuadas para haberos convencido [...] Está muy lejos de ser así. Pues bien, he sido condenado por falta no ciertamente de palabras, sino de osadía y desvergüenza, y por no querer deciros lo que os habría sido más agradable oír: lamentarme, llorar o hacer y decir otras muchas cosas indignas de mí [...] prefiero con mucho morir habiéndome defendido de este modo, a vivir habiéndolo hecho de otro modo [...] Pero no es difícil, atenienses, evitar la muerte, es mucho más difícil evitar la maldad [...] Ahora yo voy a salir de aquí condenado a muerte por vosotros, y éstos, condenados por la verdad, culpables de perversidad e injusticia. Yo me atengo a mi estimación y éstos, a la suya» (*ibid*., 38c-39b).

113. Sobre la «protección a ultranza del inocente», cf. las hermosas páginas de F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, [3]2003, pp. 23-96 y 116-218. Es útil precisar que la llamada «libre convicción» puede conjugarse con el papel garantista del proceso penal en la medida en que esté motivada por pruebas, y, por tanto, entendida como condición no ciertamente suficiente sino sólo necesaria del juicio de culpabilidad. Así visto, es decir, como débil pero necesario subrogado de una imposible certeza objetiva, equivale al principio *in dubio pro reo*, esto es, a la convicción «más allá de toda duda razonable», en oposición al sistema inquisitivo de las pruebas legales positivas.

114. Recuérdense las páginas de Benjamin Constant contra la arbitrariedad de los poderes públicos justificada por el fin de la propia defensa: «Cuando un gobierno regular procede arbitrariamente, sacrifica el mismo objeto de su existencia a las medidas que toma para conservarla [...] ¿Por qué razón se quiere que [la autoridad] castigue a los que conspiren contra la constitución del Estado? Porque se teme sustituir por un poder opresivo una organización legal: mas si la autoridad ejerce esa misma opresión, ¿cuáles son las ventajas que nos conserva? [...] [Tales medios] una vez admitidos, se les encuentra tan rápidos y tan cómodos, que ya no se quiere emplear otros, y presentados desde luego como un recurso extremo en circunstancias infinitamente raras, llega a ser lo arbitrario la solución de todos los problemas, y la práctica usual y diaria» («Libertà personale», en *Antologia degli scritti politici di Benjamin Constant*, ed. de A. Zanfarino, Il Mulino, Bologna, 1962, p. 75 [de «Additions et notes» a «Principes de politique», en *Cours de politique constitutionelle*, trad. cast. de M. A. López, *Curso de política constitucional*, 2 vols., Imprenta de la Compañía, 1820 (hay edición facsímil Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1989, por la que se cita, vol. II, p. 94)]. Según Friedrich Meinecke, «la forma de la legislación excepcional» es la que «permite legalizar los medios inusitados» incluso «ilegales e inmorales» que «el Estado usa» en caso de emergencia (*Die Idee der*

Staatsräson in der neueren Geschichte [1924], trad. it., *L'idea della ragion di stato nella storia moderna*, Sansoni, Firenze, 1977, p. 14 (trad. cast. de F. González Vicén, *La idea de la razón de Estado en la edad moderna*, estudio preliminar de L. Díez del Corral, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983). Sobre el estado de excepción y las leyes excepcionales, de lo que he hablado en el § 13.21, remito a *Derecho y razón*, cit., cap. XII; cf. también S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Esi, Napoli, 1997.

115. Sobre este sistema de garantías, remito a *Derecho y razón*, cit., cap. II, y *passim*.

116. J. de Maillard, *Le marché fait sa loi. De l'usage du crime par la mondialisation* [2001], trad. it., *Il mercato fa la sua legge. Criminalità e globalizzazione*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 17.

117. *Ibid*., p. 11, donde se calculan las dimensiones del reciclaje en un volumen de negocios que va de los 800.000 a 2.000 millones de dólares al año. Véanse otros datos *ibid*., p. 9.

118. *Ibid*., p. 25.

119. *Ibid*., pp. 41-46.

120. Es la tesis de V. Ruggiero, *Economie sporche. L'impresa criminale in Europa*, Bollati-Boringhieri, Torino, 1997; Íd., *Delitti dei deboli e dei potenti. Esercizi di anticriminologia*, Bollati-Boringhieri, Torino, 1999.

121. «Disposiciones relativas a las clases peligrosas de la sociedad» era el título III (arts. 82-108) de la ley italiana 6144/1889, de 30 de junio, que recogía análogas disposiciones de la ley 294/1871, de 6 de julio.

122. N. Bobbio, *Il terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e la guerra*, ed. de P. Polito, Sonda, Torino, 1989.

123. «Multiplicándose y contradiciéndose», escribía ya Mably en 1761, «las leyes dan vida a un caos en el que los ciudadanos ya no entienden nada, mientras los propios jurisconsultos sustituyen el derecho por la práctica» (G. Mably, *De l'étude de l'histoire* [1761], parte III, cap. 4; trad. it. en A. Mafey [ed.], *Antologia degli scritti politici degli ideologi francesi del Settecento*, Il Mulino, Bologna, 1962, p. 156).

124. Sobre la inflación penal, cf. J. M. Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, [2]2001; L. Ferrajoli, «Crisi della legalità e diritto penale minimo», cit.; G. Insolera, «Il diritto penale complementare», en U. Curi y G. Palombarini (eds.), *Diritto penale minimo*, cit., pp. 63-76; J. Terradillos Basoco, «Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico», en Íd. (ed.), *Temas de derecho penal económico*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 219 ss. Pero han de verse, sobre todo, los resultados de las dos meritorias investigaciones de derecho comparado, *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Cedam, Padova, 2000, y *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Giuffrè, Milano, 2003, editadas y coordinadas ambas por Massimo Donini. Los resultados de estos trabajos, sintetizados por Donini en la presentación del segundo, son alarmantes. En Italia, a fecha de 31 de diciembre de 1999, resultó que el derecho penal complementario o *extra codicem*, producido en un 70% en los últimos 25 años del pasado siglo, lo forman 5.431 tipos penales, de los que 874 son delitos y 4.557 —equivalente al 84% del total— faltas; que de tales delitos más del 60% están sancionados con privación de libertad inferior a 3 años y el 40% con igual clase de pena, inferior a 2 años; que en consecuencia —considerados los beneficios legales para tales delitos y la absoluta prevalencia de las penas pecuniarias para todos los demás— cerca del 95% del derecho penal especial es un derecho penal «no de

la prisión» sino principalmente burocrático y sobre el papel (M. Pavarini, «Sistema di informatizzazione del diritto penale complementare. Prime elaborazioni e riflessioni», en M. Donini [ed.], *Modelli*..., cit., pp. 26-50). En Francia —donde las infracciones penales se distinguen en *crimes* (castigados con reclusión superior a 10 años), *delits* (castigados con reclusión inferior o igual a 10 años o con multa de al menos 3.750 euros) y *contraventions* (sancionadas con multa inferior o igual a 3.000 euros y establecidas por el gobierno mediante decreto)— según un banco de datos instituido en el Ministerio de Justicia, en octubre de 2001 estaban contempladas 10.001 infracciones penales: 407 crímenes, de ellos 324 (el 80%) en el código penal; 5.309 delitos, de ellos 1.459 (el 28%) en el código, y 4.285 contravenciones, sólo 150 (el 3,5%) en el código (V. Dervieux, «Dall'inflazione penale ai testi unici. L'esempio francese», en M. Donini [ed.], *Modelli*..., cit., pp. 169-185; cf. también E. Fronza, «La riforma del diritto penale complementare in Francia», en M. Donini [ed.], *La reforma*..., cit., pp. 119-156). En Alemania —aunque la reforma de 1975 haya mantenido en el área penal sólo los crímenes y los delitos, aboliendo las faltas (degradadas a ilícitos administrativos o, en algún caso, elevadas a la categoría de delitos)— el número de las leyes complementarias ha sido calculado por K. Tiedemann en casi 1.000 (G. De Simone, «Il diritto complementare nel sistema tedesco. Un primo sguardo d'insieme», en M. Donini [ed.], *La reforma*..., cit., p. 87) y «también la doctrina parece haberse resignado al caos imperante» (M. Maiwald, «Un paradigma quantitativo. Il 'Nebenstrafrecht' quale casa comune del penale criminale e del penale-amministrativo in Germania», en M. Donini [ed.], *Modelli*..., cit., pp. 249-256). Una loable excepción —generada por la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81 de la Constitución de 1978 para las leyes «relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» y reforzada por la previsión de que su «aprobación, modificación o derogación [...] exigirá la mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto»— es la representada por el modelo pancodicístico español, en el que la legislación especial tiene «un papel absolutamente marginal» (L. Foffani y M. J. Pifarré de Moner, «La legislazione penale speciale in Spagna [Codice penale e principio di universalità]», en M. Donini [ed.], *La reforma*..., cit., pp. 189-230; cf. también F. Muñoz Conde, «Luci e ombre del modello spagnolo», en M. Donini [ed.], *Modelli*..., cit., pp. 101-111; J. M. Terradillos Basoco, «Per un modello pancodicistico: l'esperienza spagnola», *ibid*., pp. 113-137).

125. G. Insolera, «Il diritto penale complementare», cit., p. 69.

126. «Las leyes inútiles debilitan las necesarias» (Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., lib. XXIX, cap. XVI, p. 443); «Cuanto más multiplicáis las leyes las hacéis tanto más indignas de estima» (J.-J. Rousseau, *Discours sur l'économie politique* [1775], trad. cast. de J. E. Candela, *Discurso sobre la economía política*, Tecnos, Madrid, 1985]; «Quien declara infames acciones de por sí indiferentes reduce la infamia de las acciones que son verdaderamente tales», *De los delitos y de las penas*, cit., § XXIII, p. 191).

127. En los últimos ciento cincuenta años, en Italia y en otros países europeos, el número de homicidios y de delitos contra las personas ha descendido, en paralelo con la abolición de la pena de muerte y con la reducción de las penas (véanse los datos recogidos en *Derecho y razón*, cit., pp. 348-349, nota 28 y pp. 455-456, notas 183-184). Incluso los delitos contra el patrimonio, como los hurtos y tirones, han disminuido, habiéndolo hecho también su cifra negra dado que casi todos son ya denunciados, aunque sólo sea porque la denuncia es un requisito de las aseguradoras y del procedimiento para la renovación de los documentos. De manera análoga, en Estados Unidos, de 1990 en adelante la criminalidad —tras

el incremento experimentado en los años sesenta y setenta— se ha reducido, mientras que precisamente en los mismos años ha aumentado enormemente la tasa de encarcelamientos, que ha pasado de 297 presos por cada 100.000 habitantes en 1990, a 411 en 1995 y a 726 en 2004 (L. Re, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 28-29 y 23). No menos significativa es la comparación entre los índices de criminalidad en Estados Unidos y los mucho más bajos de los países europeos, no obstante la tasa de encarcelamiento ocho veces superior: más de 700 presos cada 100.000 habitantes en Estados Unidos en 2000, frente a la media de 87 en los países de la Unión Europea (M. Pavarini, «Uno sguardo ai processi di carcerazione nel mondo: dalla 'ronda dei carcerati' al 'giromondo penitenziario'»: *Rassegna penitenziaria e criminologica* 1-2 [2002], 109). Pero véanse también, para Estados Unidos, los datos más recientes recogidos en la nota 129.

128. Loïc Wacquant documenta, entre 1983 y 1997, el «'ennegrecimiento' continuo de la población carcelaria» en Estados Unidos, compuesta en su mayoría de afroamericanos, y las análogas discriminaciones de clase en perjuicio de los inmigrados que expresan los índices de encarcelamiento en Europa (*Parola d'ordine: tolleranza zero...*, cit., pp. 58 y pp. 68-86). Precisamente, escribe Lucia Re, en Estados Unidos los afroamericanos representan el 49% de la población carcelaria, a pesar de que son el 12% del conjunto de la población, y en la Unión Europea los extranjeros son más del 30% de los reclusos, cuando constituyen el 7% del total de la población residente (en *op. cit.*, pp. 38 y 122); tanto es así que Salvatore Palidda ha hablado de «etnicización (de tipo racista) de la acción represiva penal» en Europa («La criminalisation des migrantes»: *Actes de la recherche en sciences sociales* 129 [1999], 39). La literatura jurídica y sociológica sobre la cárcel, casi inexistente hasta los años sesenta del siglo pasado, es hoy inabarcable. Me limito a recordar, entre los escritos más recientes sobre la fenomenología carcelaria en la época de la globalización, además de los ya citados de Wacquant y de Re, M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzioine*, Giappichelli, Torino, 2002; F. Berti (ed.), *Carcere e detenuti stranieri*, Angeli, Milano, 2003; E. Santoro, «Le politiche penali nell'età della globalizzazione»: *Rassegna penitenziaria e criminologica* 2 (2003); M. Pavarini, «Processi di ri-carcerizzazione e 'nuove' teorie giustificative della pena»: *Rassegna penitenziaria e criminologica* 1-3 (2000), 95-126; Íd., «Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessioni su una 'recherche'»: *ibid.* 1-3 (2001), 113-141; Íd. «Uno sguardo...», cit., pp. 105-136; «Processi di ri-carcerazione nel mondo (ovvero del dominio di un certo 'punto di vista')»: *Questione giustizia* 2-3 (2004), 415-435; M. Palma, «Ristretreti e detenuti: la situazione europea»: *ibid.*, 436-452. Pero véase, sobre todo, el amplio estudio, quizá el más completo y documentado, de I. Rivera Beiras, *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

129. A mitad de 2004, el número de presos en Estados Unidos —donde hace poco más de 30 años la tasa de encarcelamiento era análoga a la de los países europeos (96 por cada 100.000 habitantes en 1973)— ha alcanzado la cifra de 2.131.180: una persona cada 138 habitantes, 726 personas cada 100.000 habitantes, que es la más alta del mundo (L. Re, *Carcere e globalizzazione...*, cit., pp. 23 y 3-4). Siguen Rusia, con una tasa de 664, y luego Bielorrusia, Kazakistán y Kirguistán, con índices de en torno a 500 (M. Pavarini, «Uno sguardo...», cit., p. 109). Si se consideran las 3.932.751 personas sometidas en 2001 al régimen de la *probation* y las 732.351 al de libertad bajo palabra, y su aumento en los tres años siguientes, el número de personas sujetas hoy a control penal en Estados Unidos se aproxima a los 7 millones de habitantes, equivalente al 3,2 de la

población residente (L. Re, *Carcere e globalizzazione*..., cit., p. 6); M. Pavarini, «Uno sguardo...», cit., pp. 107-108, calcula en más de 10 millones —160 por cada 100.000 habitantes— la población reclusa en el mundo, de la que más de dos millones corresponden sólo a Estados Unidos. En términos más precisos: poco más de 8.700.000 —140 por cada 100.000 habitantes— según las estimaciones oficiales recogidas en el sitio International Centre for Prison Studies de Londres (http//www.kcl.ac.uk/depsta/rel/icps/worldbrief), a lo que hay que añadir los datos desconocidos o escasamente creíbles de muchos países, sobre todo africanos y asiáticos.

130. L. Wacquant, *Parola d'ordine: tolleranza zero*..., cit., pp. 13-47. Wacquant recuerda, entre los textos base de mayor éxito de la nueva criminología de la desigualdad, C. Murray, *Losing Ground. American Social Policy 1950-1980*, Basic Books, New York, 1984; C. Murray y R. Herrnstein, *The Bell Curve. Intelligence and Class Structure in American Life*, The Free Press, New York, 1994, que, escribe, es una especie de «compendio de sentido común racista y conservador»; G. Kelling y C. Coles, *Fixing Broken Windows. Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*, The Free Press, New York, 1996.

131. L. Wacquant, *Parola d'ordine: tolleranza zero*..., cit., pp. 58-70.

132. *Ibid*., pp. 109 y 122

133. *Ibid*., pp. 63-66, 71 y 103-104. Wacquant añade que casi todos los frutos del decantado crecimiento económico de Estados Unidos —«el 95% del superávit de 1.100 millones de dólares producido entre 1979 y 1996— acabó en los bolsillos del 5% de los americanos más ricos», en particular de los directivos de grandes empresas, con el consiguiente crecimiento exponencial de la desigualdad (*ibid*., p. 57).

134. *Ibid*., pp. 20-46 y 55-120. Lucia Re ha calculado un índice de crecimiento de la población carcelaria en Europa en los años noventa (no parangonable, sin embargo, al estadounidense en el mismo decenio) de poco más del 40% (*op. cit*., pp. 97-99). Precisamente, en Italia, el índice de encarcelamiento, que generalmente se expresa con el número de presos por cada 100.000 habitantes, casi se ha duplicado, pasando de 60,4 presos cada 100.000 en 1988 a 101 el 31 de diciembre de 2004, con un total de 56.068 presos; y así también en España, donde se ha pasado de 75,8 en 1988 a 141 el 20 de mayo de 2005, con un total de 60.649 presos; se ha triplicado, incluso, en los Países Bajos, al pasar de 40 en 1988 a 123 el 1 de julio de 2004, con un total de 19.999 presos. Más modestos han sido los incrementos en Alemania, donde el índice de encarcelamiento ha pasado de 84,9 a 96 el 31 de agosto de 2004, con un total de 79.329 presos, y en Francia, donde ha pasado de 81,1 en 1988 a 95,1 el 1 de marzo de 2004, con un total de 56.957 presos. En fin, en el Reino Unido el número de presos que era de 51.047 en 1995 alcanzó la cifra de 76.017 el 27 de mayo de 2005, con un índice de encarcelamiento de 143 (L. Re, *op. cit*., pp. 8-9). Son más elevados los índices correspondientes a Europa del Este: más de 200 en Polonia y en Lituania, entre 300 y 499 en Estonia, Letonia, Ucrania y Moldova (*ibid*., p. 99). Véanse además los datos del crecimiento de la población mundial encarcelada en los años noventa en los diversos países europeos y extraeuropeos en M. Pavarini, «Uno sguardo...», cit., pp. 112-114.

135. L. Wacquant, *op. cit*., pp. 37, 66-67 y 98-99. Este «encarcelamiento con ánimo de lucro», refiere Wacquant, afectaba en 1990 al 7% de la población penitenciaria y está desarrollándose a un ritmo del 45% anual. Por lo demás, la presión de los *lobbies* de las empresas carcelarias, dirigida a incrementar el miedo y la demanda de leyes penales cada vez más severas, no es ajena a la explosión del boom penitenciario (N. Christie, *Crime Control as Industry. Towards Gulags,*

Western Style [1994], trad. it., *Il business penitenziario. La via occidentale al Gulag*, Eleuthera, Milano, 1966 (trad. cast. de S. Costa, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, prólogo de R. Zaffatoni, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993); L. Re, *Carcere e globalizzazione*, cit., p. 85.

136. L. Wacquant, *op. cit.*, pp. 60-63.

137. Remito a mi trabajo «Giustizia» en F. Tuccari (ed.), *Il governo Berlusconi. Le parole, i fatti, i rischi*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 73-88. Una ley ejemplarmente clasista es en particular la 251/2005, de 5 de diciembre (llamada «Cirielli»), que, como afirma una nota de *Magistratura Democratica* («La proposta di legge Cirielli: emblema della giustizia disuguale»: *Questione giustizia* 1 [2005], 211-218), reestructura el sistema penal sobre la «doble vía de la impunidad para los 'cuellos blancos' y de la 'tolerancia cero' para la desviación de los excluidos», introduciendo, de un lado, «un nuevo tipo de autor, el 'reincidente reiterado', destinatario no sólo de penas más elevadas sino también de plazos de prescripción más largos y de un tratamiento penitenciario mucho más duro»; del otro, para los que carecen de antecedentes, sanciones más suaves y plazos breves de prescipción no destinados a suspenderse por las estrategias dilatorias de las que pueden beneficiarse los imputados ricos, gracias a las costosas defensas.

138. S. M. Rosoff, *Profit without Honor, White Collar Crime and the Looting of America*, Prentice Hall, Eglewoods Cliffs, 1998, p. VIII (cit. por A. Cottino, *'Disonesto ma non criminale'. La giustizia e i privilegi dei potenti*, Carocci, Roma, 2005, p. 16). Las investigaciones sobre la «criminalidad de los cuellos blancos» se iniciaron con el ya clásico E. Sutherland, *White Collar Crime*, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1949 (trad. cast. de R. del Olmo, *El delito de cuello blanco*, Endymion, Madrid, 1999), que acuñó la expresión. Sobre el entrelazamiento y los inciertos confines de las esferas de lo lícito y lo ilícito en el mundo de los negocios, cf. V. Ruggiero, *Organized and Corporate Crime in Europe: Offers that Can't Be Refused*, Aldershot, Dartmouth, 1996, y A. Dal Lago y E. Quadrelli, *La città e le ombre. Crimini, criminali, cittadini*, Feltrinelli, Milano, 2003.

139. A. Cottino, *op. cit.*, caps. II-IV. En la página 107 Cottino recoge la siguiente declaración de Daniel Drew, un financiero americano, ya citada por Sutherland: «La ley es como una tela de araña, puede decirse que va bien para las moscas y los insectos más pequeños, pero se deja perforar por los gruesos abejorros. Cuando las complicaciones legales me enredaban, siempre he conseguido librarme de ellas con la máxima facilidad».

140. Y. Dezalay, *Marchands de droit: la reestructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit* [1992], trad. it., *I mercanti del diritto. Le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 223.

141. «Si los ministros principales y los funcionarios subordinados a éstos —escribió Locke— hubieran estado plenamente persuadidos de que los resultados seguros de las prácticas ilícitas no son títulos honoríficos, jarreteras azules, beneficios, rentas, sumas de dinero, posiciones de estatus, propiedades confiscadas, etc., sino que, con seguridad, tales prácticas ilícitas irían seguidas de incriminaciones, multas, prisión, dogal y cuchilla, habríamos visto un mundo muy diferente» (J. Locke, «L'antica costituzione inglese», en apéndice a F. Manti, *Locke e il costituzionalismo: etica, politica, governo locale*, Name, Genova, 2004). Locke califica a la corrupción y demás «prácticas ilícitas» de los funcionarios públicos de «crimen cometido contra toda la nación» y añade: «A menudo el temor del castigo hace lo que debería hacer la virtud. Si esta última no es bastante fuerte y comporta pocas gratificaciones que la hagan recomendable, entonces

corresponde a las dos Cámaras del Parlamento crear las condiciones para que se afiance el temor al castigo».

142. Me parece que esta tesis permite plantear en términos diferenciados la cuestión de fondo suscitada por Ricardo A. Guibourg, «Luigi Ferrajoli y el utilitarismo penal reformado»: *Analisi e diritto* (1998), 115-128. Guibourg observa justamente que «el problema central del derecho penal» está, en realidad, «fuera del derecho penal mismo», dado que son «las condiciones económicas y sociales desiguales» las que, por un lado, «fomenta[n] el delito» y, por otro, «dirig[en] la estigmatización y las sanciones penales contra los más débiles, mientras se consiente la impunidad de los poderosos» (p. 130). Y, a partir de estos presupuestos, me pregunta si y cuánto es eficaz el derecho penal como instrumento de prevención de los delitos y cómo se determina el «punto de equilibrio» en la fijación de la medida de la pena, a fin de asegurar su función preventiva sin caer en formas de derecho penal máximo, lesivo de los derechos fundamentales (pp. 126 ss.). Pues bien, el nexo ya señalado entre eficacia disuasoria de la pena y exigibildiad de la observancia de los preceptos penales permite afirmar que la primera es mínima frente a la *criminalidad de subsistencia*, cuando la observancia es inexigible o escasamente exigible por las razones económicas y sociales indicadas por Guibourg. Cuando la propia vida no tiene ningún valor es difícil pretender que tenga valor la propiedad ajena; y es ilusorio pensar que los delitos contra el patrimonio cometidos por personas que carecen de medios de subsistencia puedan ser prevenidos con el instrumento penal. Hurtos y robos son inevitables cuando perpetrarlos es la única forma de sobrevivir. Y la sola razón de su castigo es el segundo fin justificativo aquí apuntado, es decir, la prevención de reacciones informales, desreguladas y salvajes. Pero, en cambio, por el mismo orden de razones el derecho penal se justifica al máximo, siendo máximo el grado de exigibilidad de su observancia, frente a los delitos claramente evitables por parte de sus autores: homicidios, corrupciones, malversaciones y, de otra parte, crímenes contra la humanidad. En suma, es sobre todo, frente a la que he llamado *criminalidad del poder*, donde es máxima la función preventiva de la pena y donde por lo mismo se justifica al máximo el derecho penal. Y el hecho de que, por el contrario, nuestros sistemas penales estén organizados para castigar sin ningún efecto disuasorio únicamente a los sujetos débiles y para dejar sin castigo a los poderosos, es, precisamente, un signo y un factor determinante de su ilegitimidad a los fines de justificación a que me he referido.

143. «Si el hombre no goza de libertad en sentido materialista, es decir, si es libre, no por la fuerza negativa de poder evitar esto y aquello, sino por el poder positivo de hacer valer su verdadera individualidad, no deberán castigarse los crímenes en el individuo, sino destruir las raíces antisociales del crimen y dar a cada cual el margen social necesario para exteriorizar de un modo esencial su vida. Si el hombre es formado por las circunstancias, será necesario formar las circunstancias humanamente» (K. Marx, *Die heilige Familie* [1844], trad. cast. de W. Roces, *La sagrada familia y otros escritos filosóficos de la primera época*, Grijalbo, México, [2]1967, p. 197). Sobre estas indicaciones marxianas remito a L. Ferrajoli y D. Zolo, «Marxismo e questione criminale», en *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Feltrinelli, Milano, 1997, pp. 116 ss. (trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, Ediciones 2001, Barcelona, 1980).

144. Sobre el nexo entre cognoscitivismo judicial y convencionalismo penal, o sea, entre verificabilidad (y refutabilidad) procesal y taxatividad de las figuras de delito, remito a *Derecho y razón*, cit., caps. I y III y *passim*. Es el nexo generado por el principio liberal de estricta legalidad y de taxatividad, según el cual

es facultativo todo lo que no está taxativamente prohibido, correspondiente al primer sentido, *asertivo*, de la separación entre derecho y moral, que se expresa en la clásica máxima de Cicerón *legum denique idcirco omnes servi sumus uti liberi esse posumus* [finalmente, por eso todos somos esclavos de las leyes para poder ser libres] (*Pro Cluentio*, cit., cap. LIII) y en la segunda parte del art. 5 de la *Déclaration* de 1789: «Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché» [Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido]. Recuérdense también las definiciones de «libertad» de Montesquieu y de Diderot, recogidas en la nota 13 del capítulo II como facultades de hacer o no hacer todo lo que la ley no prohíbe o no obliga.

145. La expresión «peligro corrido» es de F. Carrara, *op. cit.*, vol. I, §§ 97 y 352, pp. 90 y 240, y me parece preferible porque es más precisa que la de peligro «concreto» en uso en la dogmática actual. Carrara la usa en oposición a la figura del «*peligro de simple previsión*, del cual no surge razón legítima de imputación» (*ibid.*, § 352, p. 241), correspondiente a la actual del peligro «abstracto» o «presunto». Por otra parte, el requisito del daño o del peligro corrido equivale al principio de lesividad, correspondiente al segundo sentido, *prescriptivo*, de la separación entre derecho y moral y expresado en la primera parte del ya citado art. 5 de la *Déclaration* de 1789: «La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société» [La ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones nocivas para la sociedad], así como de todos los clásicos del pensamiento penal ilustrado: «Además del crimen que consiste en violar la ley [...] siempre hay una injuria común cometida contra alguna persona» (J. Locke, *Segundo tratado sobre el Gobierno civil*, cit., cap. 2, § 10, pp. 41-42); «la única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación» (C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., § VII, p. 133); «se llama *delito* todo acto que se cree debe prohibirse por razón de algún mal que produce o es propio a producir» (J. Bentham, «Principios del Código Penal», cap. I, en *Tratados de legislación civil y penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 225); «la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás» (J. S. Mill, *Sobre la libertad*, cit., 1, p. 65). Véanse también los pasajes citados *supra* en las notas 7 y 8 y el recogido en la nota 19 del capítulo VII.

146. Sobre estos temas remito a *Derecho y razón*, cit., cap. VIII. Sobre la actual «sociedad del riesgo» y sus peligros de deformación del derecho penal, cuando —más allá de los clásicos principios de causalidad, del daño y de la culpabilidad— pretenda destinárselo a funciones de prevención del «peligro futuro», cf. las páginas de F. Stella, *Giustizia e modernità...*, cit., partes II y III.

147. Ch. Montesquieu, *Cartas persas*, cit., carta 80, pp. 173-174.

148. Art. 13, 2 de la ley 354/1975 de 26 de julio: «Los condenados e internados deben ser sometidos a observación científica de la personalidad para determinar las carencias psicofísicas y demás causas de inadaptación social».

149. Benjamin Constant, si bien justificó la pena de muerte, se pronunció con firmeza contra la prisión perpetua, en la que vio un retorno «a las épocas más rudas, una consagración de la esclavitud, una degradación de la condición humana» («Commento sulla scienza della legislazione di G. Filangieri», en apéndice a G. Filangieri, *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Bruxelles, 1841, cap. XII, p. 607). Además, en la Francia revolucionaria, mientras que el código penal de 28 de noviembre de 1791 mantuvo la pena de muerte, se excluyó la prisión perpetua, por considerarla más intolerable, y se previó, como sanción más grave después de la muerte, la pena de 24 años de cadena. En Italia, por otra parte, se dio la paradoja de que el 31 de julio de 1989 el Parlamento apro-

bó por amplia mayoría una moción que auspiciaba la abolición de la cadena perpetua en vez de una ley haciendo efectiva ese auspicio. La Corte Constitucional a su vez, por sentencias n.os 264/1974, de 21 de noviembre, y 274/1983, de 27 de septiembre, rechazó la cuestión de inconstitucionalidad de la cadena perpetua por violación del art. 27.4 de la Constitución sobre el fin reeducativo de la pena con el sofisma de que éste sería alcanzable en todo caso porque también en supuestos de esa clase de condena resulta posible conceder la libertad condicional pasados 28 años y las reducciones de pena previstas por la reforma carcelaria de 1975: en suma, la *pena perpetua* sería legítima porque en realidad es *no-perpetua*, es decir, perpetua sólo en las normas y no en la realidad; como si no fuesen las normas y sólo éstas, más allá de su posible pero en ningún caso descontada no aplicación, aquello sobre lo que la Corte había sido llamada a pronunciarse. Sobre estas tristes vicisitudes remito a mi «Ergastolo e diritti fondamentali»: *Dei delitti e delle pene* 2 (1992), 79-87.

150. En Italia la máxima duración de la reclusión prevista en el Código Penal es de 30 años, superior a la prevista en los principales países europeos: 20 años según los códigos penales francés (arts. 18 y 19), belga (art. 16), suizo (art. 35), austriaco (art. 18), noruego (art. 17), griego (arts. 52 y 54) y luxemburgués (art. 16); 16 años según los códigos danés (art. 33) e islandés (art. 34); 15 años según el alemán (arts. 14 y 17), el húngaro (art. 32) y el polaco (art. 39); 12 años según el finlandés; 10 años según el sueco (cap. 27, § 1). El Código Penal español, que no prevé la cadena perpetua, fija en 20 años el máximo de la pena de prisión (art. 36). Pero el máximo de cumplimiento puede llegar a 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y al menos dos de ellos estén castigados con pena de prisión superior a 20 años (art. 76.1 c]).

151. Sobre estas indicaciones remito a *Derecho y razón*, cit., pp. 410-420; a «La pena in una società democratica»: *Questionie giustizia* 3-4 (1996), 533-537; y a «Quattro proposte di riforma delle pene», en G. Borrè y G. Palombarini (eds.), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Angeli, Milano, 1998, pp. 37-50.

152. C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., § XXVII, p. 201. Bentham recoge la misma tesis en «Principios del Código Penal», Tercera parte, cap. II, en *Tratados de legislación civil y penal*, cit., p. 298: «Cuando más puede aumentarse la certidumbre de la pena, tanto más se puede disminuir la gravedad de ella, y ésta es otra utilidad que resultaría de una legislación simplificada, y de una buena forma procesal».

153. Th. Hobbes, *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 1989, cap. XXVIII, p. 250; S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, cit., lib. VIII, cap. III, §§ 7 y 24; J. Bentham, «Principios del Código Penal», *ult. cit*.; Íd., *Théorie des peines et des récompenses*, lib. I, cap. V, en *Œuvres*, cit., II, pp. 12-13 (trad. cast. de D. L. B., *Teoría de las penas y de las recompensas*, Casa de Masson e Hijo, París, 1826).

154. Tal figura existe en muchos países europeos, como Austria, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Hungría y Portugal. Sobre ella véase el volumen preparado por la asociación Antigone, *Diritti in carcere. Il difensore civico nella tutela dei detenuti*, W. M. Group, Atripalda, 2000. En Italia no existe un Garante nacional, sólo Garantes regionales, provinciales y municipales, que casi carecen de poderes efectivos. Ni la ausencia de tal figura puede ser suplida por la, ciertamente importante, de los jueces de vigilancia, creada en los años setenta, de los que difiere, tanto por su colocación, como institución tercera, extraña y externa lo mismo a la carcelaria que a la judicial, como por la naturaleza de sus competencias, que no consisten en funciones de justicia, sino en funciones informales de

defensa y mediación con la Administración penitenciaria (A. Margara, «Difensore civico e magistrato di sorveglianza», en *Diritti in carcere*..., cit., pp. 93-99). Un Garante de los presos organizado a escala nacional, articulado en una red de Garantes locales para cada establecimiento penitenciario debería estar dotado de efectivos poderes de garantía y de medios adecuados para su ejercicio: de poderes de inspección que permitieran, como al «Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes», el acceso a las cárceles no sólo sin autorización sino también, y sobre todo, sin aviso previo; del poder de visitar a los presos y entrevistarse con ellos sin presencia de testigos; del de investigar adecuadamente toda reclamación formulada por ellos con objeto de dirigir las correspondientes instancias a la administración penitenciaria o de presentar denuncias cuando se trate de hechos posiblemente delictivos.

155. Este derecho está implícitamente establecido por el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966: «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley». Es evidente que en un ordenamiento que, como el italiano, prevé un juicio con primera y segunda instancia, si la sentencia de primer grado es absolutoria, la sentencia de condena de segundo grado instada por el acusador público en apelación no es susceptible del nuevo examen previsto en ese precepto. Para que el mismo sea posible y se produzcan dos condenas conformes, debería ser apelable sólo la sentencia condenatoria, mientras que tendría que estar vedado al ministerio público el acceso a la apelación contra las sentencias absolutorias, destinadas por tanto a convertirse en definitivas. Por lo demás, la pretensión de que la acusación pública, tras haber trastornado injustamente la vida de un ciudadano arrastrándolo al juicio y constriñéndolo a defenderse de una acusación que se ha revelado infundada, pueda continuar persiguiéndolo ante la posibilidad de una condena en apelación, equivale a una forma de encarnizamiento judicial. Evidentemente, en el caso de que la acusación no prosperase y el imputado fuera absuelto por no haber cometido el hecho, porque éste no hubiera tenido lugar o no fuera constitutivo de delito, y no porque se hubiese declarado extinguido el delito a causa de la prescripción como consecuencia de la aplicación de circunstancias atenuantes. Precisamente, esta última hipótesis —la única que no justifica la inapelabilidad— es la acogida en Italia por ley 46/2006, de 2 de febrero «en materia de inapelabilidad de las sentencias absolutorias», después declarada ilegítima por la Corte Constitucional por sentencia 6/2007, de 6 de febrero. En apoyo del carácter inapelable de las sentencias de condena por parte del ministerio público y de la sujeción del transcurso de los plazos de prescripción a su exclusiva iniciativa persecutoria, cf. N. Rossi, «Riformare 'insieme' la disciplina della prescripzione e dell'appello del pubblico ministero»: *Questione giustizia* 5 (2005), 903-917.

156. Sobre este asunto remito a *Derecho y razón*, cit., cap. IX, § 38, pp. 549-561.

157. Sobre la vieja cuestión de la separación orgánica entre magistratura decisoria y magistratura requirente y sobre el equívoco que ha condicionado y distorsionado el debate italiano —la idea según la cual de ese modo llegaría o, en cualquier caso, se vería favorecida la sujeción del ministerio público al poder ejecutivo— remito a *Derecho y razón*, cit., § 39, en particular al § 39.3, pp. 567-570.

158. J. Bentham, *De l'organisation judiciaire et de la codification*, cap. XIX, en *Œuvres*, cit., vol. III, p. 35 (trad. cast. con comentarios de B. Andueza Espinosa, *Tratados sobre la organización judicial y la codificación*, Madrid, 1843, I, pp. 87-88): «¿Este empleo [defensor público] es inútil o menos necesario que

el acusador público? ¿No está tan interesada la sociedad en la seguridad de la inocencia como en el castigo del delito? ¿Será por ventura acertado manifestar más precauciones y emplear más medios para el ataque que para la defensa? Prescindiendo de algunas excepciones honrosas, la administración de justicia se ha conducido con una insensibilidad y dureza que se resiente de la barbarie general de los tiempos antiguos; en los cuales no solamente era la persecución el objeto principal de los gobiernos sino que era el único. Este objeto llenaba toda la esfera de sus concepciones y limitaba el horizonte del despotismo. El rey o los barones estaban interesados en el castigo de los delincuentes; porque las confiscaciones y las multas aumentaban su tesoro; los inocentes no ofrecían ganancia alguna y su salvación no interesaba más que a ellos mismos». De ahí, añade Bentham, las acusaciones de «despotismo» dirigidas a la magistratura, «importa[ndo] poco que la opinión sea verdadera o falsa; porque desde el momento en que sale el terror del santuario que debe inspirar la confianza, y el público se asusta de la justicia, necesariamente hay un vicio en la ley o en el tribunal que la ejecuta. Por consiguiente, es esencialísimo colocar ostensiblemente, al lado del magistrado que persigue el delito, otro que vigile sobre la suerte de la inocencia, no dar al acusador ninguna ventaja de que no participe igualmente el defensor, y separar estos dos ministerios de el del juez, para dejar a éste toda su imparcialidad». La misma propuesta fue avanzada por G. Filangieri, *La ciencia de la legislación*, cit., lib. III, cap. XX, pp. 276-277: «Sería pues necesaria la institución de un magistrado defensor, y cada provincia debería tener uno o más con respecto a su población. Este magistrado habría de cuidar de defender a los reos que, por razón de su pobreza, no pudiesen ser defendidos por otros, y tendría también obligación de asistir a todos los juicios capitales, aunque el reo no hubiese implorado su auxilio». La idea fue recogida por F. Carrara, *Programa de derecho criminal*..., cit., § 867, II, p. 340, que propuso la institución de un «*tribunado* de la defensa, constituido como magistratura permanente, destinada a garantizar la libertad civil de los ciudadanos desde el primer momento en que el peligro de un proceso criminal surge contra ellos. Al ministerio público debiera dejársele todo lo que sea preciso para perseguir a los delincuentes, es decir, todos sus poderes actuales; pero enfrente de él debería haber un magistrado que tuviera otros tantos poderes, en el sentido de vigilancia del proceso y de protección a la inocencia. Así las iniciativas del magistrado destinado a acusar, se equilibrarían (si se quisiera) con las iniciativas del magistrado destinado para la defensa. A aquél le tocaría ejercer la acción pública y provocar los arrestos y procesos a cargo del acusado; al segundo le corresponderían las excarcelaciones y las comprobaciones en descargo del reo». En fin, un «tribunado de la defensa» fue propuesto, con una lúcida argumentación de carácter epistemológico, por L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Barbèra, Firenze, 1895, §§ 194 y 195, pp. 217-219: «El cargo de defensor es sin embargo de carácter público cuando lo es el de acusador [...] Por otra parte, la defensa es una exigencia urgente de la lógica judicial, que no puede esperar el descubrimiento de la verdad si no es merced a la lucha incesante de las dos fuerzas paralelas de la acusación y la defensa». De aquí «se siguen dos corolarios: que en toda causa debe haber un defensor, que coopere en todo acto del proceso; y que el imputado no pueda renunciar a él, salvo siempre el derecho de elegir al de su mayor confianza [...] Pero, si cabe que falte o sea deficiente la libre acusación, no es menos fácil que concurra un defecto de libre defensa. Y puesto que la defensa debe existir en toda causa, de igual modo es necesario proveer, como se ha hecho para la acusación, a fin de que el trabajo defensivo no falte y sea eficaz. Con ese fin es aconsejable la institución de otros funcionarios, paralelos a los del ministerio público: unos integrantes de la acusación, otros integrantes de la defensa».

159. Sobre la defensa pública en América Latina, cf. M. F. López Puleio, «Note sul modelo di difesa pubblica in Argentina e in Guatemala»: *Questione giustizia* 3 (2001), 547 ss.; Íd., «Justicia penal y defensa pública. La deuda pendiente»: *Revista Latinoamericana de Política Criminal* 5 (2002); R. Zaffaroni, «Las ideas básicas en la relación defensa pública-estado de derecho»: *ibid*.; J. B. J. Maier, *Derecho procesal penal*, *II. Parte general. Sujetos procesales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 259 ss.; E. Carranza, «Justicia penal y defensa pública en América Latina»: *Revista del Ministerio Público de la Defensa* 1 (2006), 9-26. Cf. además el monográfico de *Pena y Estado* 5 (2002), dedicado a la Defensa Pública, y, en particular, los trabajos de M. F. López Puleio, «Justicia penal y defensa pública. La deuda pendiente» y de S. Maris Martínez, «Defensa pública, derecho del pueblo», así como el volumen *La defensa oficial y su impacto en la jurisprudencia*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2005.

160. N. Irti, *L'età della decodificazione* [1978], Giuffrè, Milano, [4]1999, p. 41 (trad. cast., *La edad de la descodificación*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992).

161. M. Sbriccoli, «La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita», en A. Schiavone (ed.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 147-232. Cf. también mi libro *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 28-33 y 43-46.

162. N. Irti, *L'età della decodificazione*, cit., p. 27.

163. *Ibid*., p. 40.

164. F. Carrara, *Programa de derecho criminal. Parte Especial*, cit., vol. VII, § 3939, p. 527.

165. M. S. Giannini, «Atto amministrativo», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. IV, pp. 176-177; S. Pugliatti, «Precisazioni in tema di causa nel negozio giuridico» [1947], ahora en Íd., *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 117.

166. M. Condorcet, *Idées sur le despotisme* [1789], en *Œuvres de Condorcet*, Firmin Didot, Paris, 1847, vol. IX, pp. 155-156. «Le despotisme des tribunaux» [el despotismo de los tribunales], añade Condorcet, sólo puede ser evitado «si les jugues sont strictement obligés à suivre la lettre de la loi» [si los jueces son obligados estrictamente a seguir la letra de la ley] (*ibid*., p. 156), ya que «il y a *despotisme* toutes les fois que les hommes ont des maîtres, c'est-à-dire sont soumis à la volonté arbitraire d'autres hommes» [hay *despotismo* siempre que los hombres tienen dueños, es decir, están sometidos a la voluntad arbitraria de otros hombres] (*ibid*., p. 147). Montesquieu, a su vez, había hablado de «el poder de juzgar, tan terrible para los hombres» (*Del espíritu de las leyes*, cit., lib. XI, cap. VI, p. 152).

167. He propuesto reiteradamente la introducción de la reserva de código en materia penal, en «La pena in una società democratica», cit., pp. 537-538; «Giurisdizione e democrazia»: *Democrazia e diritto* 1 (1997), 302-303; «Crisi della legalità e diritto penale minimo», cit.; «Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice»: *Democrazia e diritto*, volumen titulado *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, ed. de S. Anastasia y M. Palma, Angeli, Milano, 2001, pp. 67-79. Sobre la misma cuestión cf., además, S. Senese, «La riserva di codice», en U. Curi y G. Palombarini (eds.), *Diritto penale minimo*, cit., pp. 79-98; C. F. Grosso, «Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale», *ibid*., pp. 99-108. El principio de la reserva de código fue introducido en el art. 129 del borrador de reforma de la Constitución italiana aprobada por la Comisión bicameral para las reformas constitucionales, instituida en el curso de la XIII legislatura: «Sólo se admitirán nuevas normas penales si modifican el código penal, o forman parte

de leyes que disciplinen orgánicamente la totalidad de la materia a que se refieren». En esta formulación la reserva encontraba tres límites: no hacía referencia a las normas procesales; no incluía las llamadas leyes orgánicas; no preveía procedimientos legislativos agravados para la modificación de los códigos. Pero en todo caso se trataba de un importante principio innovador, recogido en parte, según se dirá en la nota 171, en el proyecto de reforma de la parte general del código penal elaborado por la comisión presidida por Carlo Federico Grosso, que al fin naufragó, como los demás proyectos de reforma elaborados en cada legislatura de la historia republicana. La cuestión ha sido suscitada de nuevo por D. R. Pastor, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, donde la propuesta de reserva de código no sólo aparece ampliamente argumentada como indispensable factor de racionalización del derecho penal, sino también articulada a través de la formulación de una serie de importantes principios de ciencia de la legislación. Recuérdese, en fin, el modelo de racionalización de la legislación trazado por el art. 81 de la Constitución española con la previsión de «leyes orgánicas» relativas «al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» que es lo característico de las normas penales y procesales.

168. En el pasaje citado, *supra*, en la nota 7 del capítulo VI.

169. D. Pulitanò, «Quali riforme in materia penale dopo la Bicamerale?»: *Il Foro italiano* V (1998), 227 ss.: «Cualquiera que sea la importancia de una racional ubicación de las normas penales, aquí no están en juego las exigencias de garantía sustancial de la libertad frente a usos arbitrarios de la potestad punitiva [...] En relación con los principios verdaderamente fundamentales (principio de legalidad, del carácter personal de la responsabilidad, tendencia reeducativa de la pena), el propuesto carece francamente de importancia, no es relevante para la definición del rostro constitucional del derecho penal como *magna charta* de las relaciones entre autoridad y libertad».

170. G. Fiandaca, «La giustizia penale»: *Democrazia e diritto* 1 (1997), 337: «Es el caso de señalar que la detención del continuo flujo de las normas penales complementarias presupone la superación de una mala costumbre legislativa que tiene su raíz en actitudes de pereza y, al mismo tiempo, de retraso cultural del legislador, que suele recurrir a la sanción penal como a un cómodo 'tapahuecos' bueno para cualquier uso, que exonera de la difícil búsqueda de instrumentos de intervención más sofisticados y onerosos». Sin embargo, Fiandaca rechaza la idea de la reserva de código por «su carácter excesivamente utópico» o incluso «anacrónico, que como tal tiene poco que ver con la complejidad de la sociedad contemporánea», por lo que «equivale a una noble ilusión» («Relazione introduttiva», en M. Donini [ed.], *Modelli...*, cit., p. 5). Idéntico escepticismo manifiesta Donini, que es quien más ha reflexionado sobre la cuestión y que sin embargo considera «anacrónico» además de «ilusorio» el «intento de un legislador 'moderno' de eliminar las leyes penales *extra codicem*» y reclama la misma «posición realista que domina plenamente entre los penalistas técnicos y en los medios de los operadores prácticos» («La riforma della legislazione complementare: il suo significato 'costituente' per la riforma del codice», en Íd. [ed.], *La riforma della legislazione...*, cit., pp. 21-22). Pero este realismo parece más que nada una falacia realista —el derecho que es no puede ser más que como es—, según han hecho ver G. Insolera y M. Pavarini, «Quale ordine al disordine penale? Riflettendo sul saggio di Massimo Donini», *ibid*., pp. 69 ss., que se preguntan «cuáles son estas 'necesidades', históricas y políticas, no ciertamente ontológicas, por las que esta 'realidad' del sistema de la justicia penal debe ser en todo caso asumida como racional», sino la petición de principio de su transformación en «un mode-

lo autopoyético», que ha decretado la «progresiva residualidad del sistema penal axiológicamente fundado sobre valores socialmente compartidos» en favor de una propia y exclusiva «racionalidad sistémica». En suma, la codificación del sistema penal en su totalidad, realizada por la cultura ilustrada cuando debía resultar bastante más difícil e improbable el desafío a la razón jurídica expresado en el paso del derecho jurisprudencial al derecho legislativo —un verdadero cambio de paradigma—, parece hoy utópica e irreal a nuestros penalistas, a pesar de que tan sólo se trataría de desmontar la selva artificial e inextricable de las leyes producidas por el propio legislador.

171. D. Pulitanò, «Quali riforme...», cit.; G. Fiandaca, «La giustizia penale», cit. La inoportunidad de una constitucionalización también fue defendida en el informe de la Comisión Grosso sobre el proyecto de reforma de la parte general del código penal, que enuncia el principio de reserva de código augurando que «podría servir para orientar hacia una progresiva modificación una situación que ve una parte de la legislación penal confiada a la casualidad e inorganicidad de las leyes especiales y al empleo de técnicas de incriminación poco compatibles con la exigencia de una correcta tipificación de los delitos, dirigida a menudo a abarcar hechos de escasa relevancia». En el mismo informe se manifiesta temor ante el «riesgo» de que la constitucionalización del principio pueda «suscitar numerosas cuestiones de inconstitucionalidad». En contra de esta tesis cf. S. Senese, «La riserva di codice», cit., p. 90, que pone de relieve la contradictoriedad con el otro riesgo, subrayado poco antes en el mismo texto, de que la reserva, de no integrarse en la Constitución, pudiera quedar reducida a «un simple deseo dirigido al legislador».

172. J. Locke, *Segundo tratado sobre el Gobierno civil*, cit., cap. 5, § 36, p. 63. «Las posesiones que este hombre o familia fuera capaz de apropiarse», prosigue Locke, no podrían «causar perjuicio» (*ibid.*). También porque «aquel que, mediante su propio esfuerzo, se apropia de una parcela de tierra, no sólo no disminuye la propiedad común de la humanidad, sino que la acrecienta; pues los frutos en beneficio de la vida humana que son producidos por un acre de tierra cultivada, resultan ser —sin exageración— diez veces más que los producidos por un acre de tierra igualmente fértil que no es aprovechado y continúa siendo terreno comunal [...] Mas si digo que la producción de la tierra cultivada es diez veces mayor que la no cultivada, la verdad es que estoy calculando por lo bajo; más acertado sería decir que la proporción se aproxima al ciento por uno. Pues habría que preguntarse si de verdad en las tierras salvajes de América que no han sido cultivadas y permanecen en su estado natural, sin ninguna mejora, labranza o cultivo, mil acres producen los mismos bienes utilizables para la vida que los que producen diez acres de tierra igualmente fértil en el condado de Devonshire donde han sido cultivados» (*ibid.*, § 37, pp. 64-65). Esta idea de un desarrollo ilimitado de la riqueza sin perjuicio para nadie, a través de la libre iniciativa del trabajo y quizá de la emigración, es básica en el pensamiento de Locke: «Considerando la abundancia de provisiones naturales que durante mucho tiempo hubo en el mundo, y la escasez de consumidores; y considerando lo pequeña que sería la parte de esa abundancia que el trabajo de un hombre podría abarcar y acumular con perjuicio para los demás, especialmente si dicho hombre se mantuviese dentro de los límites establecidos por la razón, apropiándose solamente lo que pudiera ser de su uso, sólo pudieron haberse producido muy pocos altercados y discusiones acerca de la propiedad así establecida» (*ibid.*, § 31, pp. 59-60); «Y esta apropiación de alguna parcela de tierra, lograda mediante el trabajo empleado en mejorarla, no implicó perjuicio alguno contra los demás hombres. Pues todavía quedaban muchas y buenas tierras, en cantidad mayor de la que los

que aún no poseían terrenos podían usar. De manera que, efectivamente, el que se apropia de una parcela de tierra no les estaba dejando menos a los otros; pues quien deja al otro tanto como a éste le es posible usar, es lo mismo que si no le estuviera quitando nada en absoluto. Nadie que tuviera todo un río para calmar su sed podría sentirse perjudicado porque un hombre bebiese de esa misma agua, aunque tomase de ella un buen trago. Tanto si se trata de tierras como de agua, allí donde hay cantidad suficiente, el caso es el mismo» (*ibid.*, § 33, pp. 60-61).

173. J. Locke, *op. cit.*, cap. 9 § 123, p. 173. *Ibid.*, cap. 5, § 32, p. 60: «Toda porción de tierra que un hombre labre, plante, mejore, cultive y haga que produzca frutos para su uso será propiedad suya. Es como si, como resultado de su trabajo, este hombre pusiera cercas a esa tierra, apartándola de los terrenos comunales [...] Por lo tanto, aquel que obedeciendo el mandato de Dios, sometió, labró y sembró una parcela de tierra, añadió a ella algo que era de su propiedad y a lo que ningún otro tenía derecho ni podía arrebatar sin cometer injuria». Sobre el nexo lockeano entre propiedad y trabajo y entre trabajo y emigración, véanse los pasajes citados en la nota 24 del capítulo X y en las notas 92 y 93 de este capítulo.

174. A. de Tocqueville, *Mémoires sur le paupérisme* [1838], en *Œuvres complètes*, Gallimard, Paris, 1989, vol. XVI, *Mélanges*. Con extraordinaria capacidad premonitoria, Tocqueville ilustra en este pasaje las diferencias entre la vieja sociedad campesina y la nueva sociedad industrial y el aumento de riqueza, pero también la precariedad de vida y la recíproca dependencia entre los hombres, subsiguiente al tránsito de la primera a la segunda: «Cuando casi toda la población vivía de la tierra hubo grandes miserias y rudas costumbres, pero resultaban satisfechas las necesidades más apremiantes de los hombres. El campesino produce bienes de primera necesidad. La venta puede ir bien o mal pero está generalmente asegurada: y si una causa cualquiera impide la colocación de los productos agrícolas, su producción siempre procura al agricultor alguna cosa para sobrevivir, permitiéndole esperar tiempos mejores». Por el contrario «la clase industrial, que tanto contribuye al bienestar de los demás, está mucho más expuesta a males imprevistos e irremediables. Cuanto más rica es la sociedad, más diversificados y duraderos resultan los disfrutes, más se imaginan por costumbre e imitación verdaderas necesidades. Por eso el hombre civilizado está infinitamente más expuesto a las vicisitudes del destino que el hombre salvaje». Y más adelante: «No hay que hacerse ilusiones. Miremos con calma y serenidad el futuro de las modernas sociedades. Que no nos embriague el espectáculo de su grandeza; que no nos desalienten las pruebas de sus miserias. Mientras se mantenga el actual movimiento de la civilización, crecerá el nivel de vida de la mayor parte de la gente, la sociedad se hará mejor, más informada; la vida será más fácil, más dulce, más hermosa y más larga. Pero al mismo tiempo habremos de esperar un aumento de quienes precisarán de la ayuda de los demás para obtener algunas de estas ventajas. Tenemos el deber de descubrir los medios con los que atenuar los males inevitables, que es ya fácil prever».

175. Este nexo entre individuo y condiciones naturales de vida duró en Estados Unidos todo el siglo XIX, mientras siguió habiendo en el Oeste «tierras incultas» más allá de las cuales desplazar la «frontera». Ésta es quizá la razón del carácter «lockeano» generalmente asociado a la democracia americana y del hecho de que socialismo, socialdemocracia y derechos sociales se hayan afirmado en Europa y no en Estados Unidos. Es obvio que ese nexo se ha desvanecido también en América. «La libertad humana», escribió hace casi un siglo el presidente americano Woodrow Wilson, «consiste en perfectas adaptaciones de los intereses, las actividades y las energías humanas. Ahora, esas adaptaciones

necesarias entre individuos, entre éstos y las complejas instituciones en medio de las cuales viven, y entre tales instituciones y el gobierno, son hoy infinitamente más complejas de lo que lo hayan sido nunca [...] Estoy seguro de que si Jefferson hubiera vivido en nuestra época habría visto lo mismo que vemos nosotros: que el individuo está preso en una red confusa de complicadas circunstancias de todo género y que abandonarlo a sí mismo significa dejarle impotente ante los obstáculos con los que ha de combatir; y que, por consiguiente, en nuestros días la ley ha de venir en ayuda del individuo. Debe acudir en su ayuda para hacer que pueda alcanzar condiciones de *fair play*, esto es todo, pero es mucho. Sin la atenta y resuelta intervención del gobierno no puede haber *fair play* entre individuos e instituciones potentes como los *trusts*. La libertad es hoy algo más que ser dejados solos. Hoy el programa de un gobierno que propugne la libertad debe ser positivo, y no simplemente negativo» (W. Wilson, *The New Freedom* [1913], trad. it., «Principi e programma della 'Nuova Libertà'», en *Il pensiero politico nell'età di Wilson*, ed. de O. Barié, Il Mulino, Bologna, 1962, pp. 193-194).

176. Cf. J. Rawls, *Teoría de la justicia*, FCE, Madrid, 1978.

177. *Ibid.* Bruno Celano ha llamado a estos dos tipos de «desigualdades naturales», respectivamente, desigualdades «físicas», es decir, «de dotes, capacidades, talentos, recursos, determinados por la constitución física de cada individuo», y desigualdades «de estatus» en cuanto consisten en las diferentes «posiciones sociales que los individuos pasan a ocupar, al nacer o por nacimiento» («La denaturalizzazione della giustizia»: *Ragion pratica* 14 [2000], 82). Sobre el nexo entre el principio de irrelevancia de las desigualdades de nacimiento y el punto de vista de la «posición originaria» en que se basa la teoría de Rawls, así como sobre los problemas y las dificultades suscitados por el argumento de la «lotería natural», cf. B. Celano, «Giustizia e sorte. Alle radici della giustizia come equità»: *Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto* 4, *Omaggio a John Rawls*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 211-235.

178. J. Rawls, *op. cit.*

179. Son los términos en los que Michel Foucault expresa el cambio de paradigma de la soberanía desarrollado a partir del siglo XIX con el nacimiento del estado social burocrático y paternalista: «Si el viejo derecho de soberanía consistía en el derecho de hacer morir o de dejar vivir, el nuevo derecho que está instaurándose será el de hacer vivir o de dejar morir» (M. Foucault, *Il faut défendre la société* [1997], trad. it., «Corso del 17 marzo 1976», en Íd., *Bisogna difendere la società*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 207 [hay trad. cast. de H. Pons, *Hay que defender la sociedad: Curso del Collège de France (1975-1976)*, Akal, Madrid, 2003]); y más adelante: «La soberanía hacía morir y dejaba vivir. Ahora aparece un poder que definiría como poder de regulación, que consiste, al contrario, precisamente en el hacer vivir y en el dejar morir» (trad. it., p. 213).

180. En Kant puede verse una primera teorización de la democracia social: «La voluntad universal del pueblo se ha unido para configurar una sociedad que ha de conservarse perpetuamente y se ha sometido al poder estatal interno con el fin de conservar a los miembros de tal sociedad incapaces de mantenerse por sí mismos. Por tanto, gracias al Estado es lícito al gobierno obligar a los poderosos a procurar los medios de subsistencia a quienes son incapaces de ello, incluso en lo que se refiere a las necesidades más básicas; porque es en su existencia, como acto de sumisión a la protección y previsión de la comunidad, que les es necesaria para existir, y a la que se han obligado, donde el Estado funda ahora su derecho de obligar a los poderosos a contribuir con lo suyo a la conservación de sus conciudadanos. Esto puede realizarse gravando la propiedad de los ciudadanos o de su comercio o mediante fondos establecidos y sus intereses; no

para satisfacer las necesidades del Estado (que es rico) sino las del pueblo; pero no simplemente por medio de contribuciones *voluntarias* [...] sino por medio de contribuciones obligatorias como cargas públicas» («Principios metafísicos de la doctrina del derecho», cit., § 49, C, p. 159). W. von Humboldt fue abiertamente contrario a toda intervención positiva del Estado: «Que el Estado sea liberado de todo cuidado por el bien positivo de los ciudadanos; que no intervenga más de lo que sea necesario para su seguridad interna y externa» (*Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, cit., cap. III, § 7, p. 32).

181. Ya la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 había establecido, en el título I, *Dispositions fondamentales garanties par la Constitution*: «Se creará y organizará un instituto general de *Socorros públicos*, para acoger a los niños abandonados, dar asistencia a los pobres enfermos y dar trabajo a los pobres útiles que no hayan podido procurárselo. Se creará y organizará una *Instrucción pública*, común a todos los ciudadanos, gratuita en las partes de enseñanza indispensables a todos los hombres, y cuyos institutos serán distribuidos gradualmente, en una proporción que refleje la división del reino». Una formulación más articulada de los derechos sociales es la del Proyecto de Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano presentado a la convención por Robespierre, el 24 de abril de 1793: «Art. 10. La sociedad está obligada a proveer a la subsistencia de todos sus miembros, tanto procurándoles trabajo, como asegurando los medios de existencia a los que no estén en condiciones de trabajar. Art. 11. Los socorros indispensables a quien carece de lo necesario son una deuda de quien posee lo superfluo; corresponde a la ley determinar en qué forma deberá darse satisfacción a esta deuda. Art. 12. Los ciudadanos cuyas rentas no superen lo necesario para su subsistencia están dispensados de contribuir a los gastos públicos; los demás deben soportarlos *progresivamente* según la entidad de su fortuna. Art. 30. Cuando a un ciudadano le falta la garantía social, entra en el derecho natural a defender por sí mismo todos sus derechos» (en A. Saitta, *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale [1799-1875]*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 358-360).

182. Sobre la primera constitucionalización de los derechos sociales en la República de Weimar cf. el amplio estudio de G. Gozzi, *Democrazia e diritti: dallo stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1999. De la Constitución de Weimar de 1919, recuérdese también el art. 161, que establecía que «el *Reich* organizará un sistema de seguros con la participación de los asegurados, a fin de tutelar la salud y la capacidad de trabajo»; y el art. 163.2, que afirmaba que «debe darse a cada alemán la posibilidad de proveer a su propio sustento con su trabajo productivo. Cuando no pueda procurársele una ocupación adecuada, se proveerá lo necesario para su sustento».

183. Cf. A. Baldasarre, «Diritti sociali», en *Enciclopedia giuridica Treccani*, cit., vol. XI, 1988, § 2, que recuerda las leyes de Bismarck para la tutela del trabajo, las de Crispi y después las fascistas en materia de trabajo y de asistencia y previsión social y, por otro lado, la legislación social en Francia y en Inglaterra, debida a gobiernos socialistas y laboristas y la experiencia roosveltiana en Estados Unidos. Sobre los orígenes filosófico-políticos de los derechos sociales, cf. también P. Costa, «Alle origini dei diritti sociali: 'Arbeitender Staat' e tradizione solidaristica», en G. Gozzi (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 277-340. Cf., además, G. A. Ritter, *Der Sozialstaat. Entstehung und Entwicklung in internationalem Vergleich* [1991], trad. it., *Storia dello Stato sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1999; B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2001.

184. En este sentido cf., entre otros, G. Leibhold, «Der Strukturwandel der

modernen Demokratie» [1952], en *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Müller, Karlsruhe, [3]1967, pp. 87-88, que habla de «tensiones irresolubles» entre derechos de libertad y derechos sociales; E. Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel* [1964], trad. it., *Stato di diritto in trasformazione*, ed. de C. Amirante, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 31 ss.; N. Luhmann, «El Estado de bienestar: un problema teórico y político»: *Estudios Políticos* (nueva época), 3-4 (1986), 49 ss. Para más amplias referencias, cf. A. Baldasarre, «Diritti sociali», cit., § 3. Para una primera crítica de estas tesis, y en particular de las tesis de Luhmann, remito a mi «Stato sociale e stato di diritto»: *Politica del diritto* 1 (1982), 41-52.

185. Cf., por ejemplo, J. M. Barbalet, *Citizenship* [1988], trad. it., *Cittadinanza. Diritti, conflitti e disuguaglianza sociale*, ed. de D. Zolo, Liviana, Padova, 1992, pp. 104-109; D. Zolo, «La strategia della cittadinanza», en Íd. (ed.), *La cittadinanza...*, cit., pp. 30-35. Sobre la cuestión cf. además mi trabajo «Dai diritti del cittadino ai diritti della persona», § 5, *ibid*. pp. 277-283; S. Rodotà, «Cittadinanza: una postfazione», *ibid*., pp. 293-322; I. Trujillo Pérez, «La questione dei diritti sociali»: *Ragion pratica* 14 (2000), 43-63; T. Casadei, «'Diritti in bilico': i diritti sociali tra riconoscimento e oscuramento», en M. Ricciardi y C. Del Bò, *Pluralismo e libertà fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 163-196. Sobre los derechos sociales constitucionalmente establecidos como derechos dotados del mismo valor vinculante que los derechos civiles y políticos, cf. G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

186. Los «derechos sociales», escribió Piero Calamandrei tras la Liberación, están «destinados a asegurar (o al menos a prometer) a todos los ciudadanos las condiciones económicas indispensables para hacer efectiva su libertad política»; por eso «la cuestión social se presenta en el umbral de la Constituyente como la más importante y urgente de las cuestiones constitucionales: si de veras se quiere fundar una democracia, es necesario dar una respuesta a esta cuestión preliminar» («Costituente e questione sociale» [1945], en Íd., *Scritti e discorsi politici*, La Nuova Italia, Firenze, 1966, pp. 150-151). «Es cierto que sólo una democracia social puede llamarse verdaderamente democracia, porque solamente en ella los derechos de libertad son efectivamente disfrutados por todos los ciudadanos, sin que la diversidad de condición económica se traduzca en desigualdad política y reduzca los derechos de libertad a ser, de hecho, un privilegio de los ricos» (P. Calamandrei, «L'avvenire dei diritti di libertà», en Íd., *Scritti e discorsi politici*, La Nuova Italia, Firenze, 1966, vol. II, p. 395).

187. A. Sen, *Risorse, valori, sviluppo*, Bollati Boringhieri, Torino, 1982, pp. 122-144; Íd., *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona, 2000.

188. Cf. S. Rodotà, «Cittadinanza...», cit., § 5, pp. 308-313; V. Abramovich y Chr. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, [2]2004; G. Pisarello, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003.

189. Recuérdense la ley 604/1966 y el art. 18 del Estatuto de los Trabajadores del que he hablado en la nota 120 del capítulo XIV. El principio también ha sido afirmado en el art. 30 de la Carta de Niza de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «Todo trabajador tiene derecho a la tutela frente a cualquier despido injustificado, conforme al derecho comunitario y a las legislaciones y las prácticas nacionales». La naturaleza de «derecho subjetivo» en sentido pleno del derecho al trabajo y los límites que para él se derivan de la autonomía contractual del empresario han sido argumentados por la Corte de Casación italiana del modo siguiente: «El trabajo ha sido considerado por el legislador constituyente no sólo como fundamento del Estado (art. 1) sino también como derecho

subjetivo de los individuos (art. 4.1) que es medio de desarrollo de la persona y, por tanto, se le ha dotado de una protección privilegiada y absoluta, como la prevista en particular por los arts. 35 y 36. De ello se sigue la legitimidad constitucional de toda intervención del legislador sobre la autonomía negocial con objeto de hacer que el derecho al trabajo sea efectivo y que las modalidades de su desarrollo y remuneración sean adecuadamente tuteladas» (Casación, sentencia 4577/1978, de 12 de octubre, en *Foro Italiano* I, 59).

190. Me limito a recordar J. Meade, «Full Employment. New Technologies and the Distribution of Income»: *Journal of Social Policy* 13 (1984), 142-143, que propugna un «dividendo social» (o «prestación social básica») según la edad, el estado civil y el número de hijos, sustitutivo de otros beneficios fiscales o asistenciales y recuperado a través de la exacción fiscal sobre todas las demás fuentes de renta; R. Dahrendorf, *Per un nuovo liberalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 135-145 y 156 (trad. cast. de J. M. Tórtora, *El nuevo liberalismo*, Tecnos, Madrid, 1982), que sostiene, en garantía de la igualdad, «una renta mínima garantizada como derecho constitucional», consistente tal vez en una «suma modesta» que no necesariamente «supere el nivel actual de la asistencia social» pero caracterizada por una «inatacabilidad fundamental»; G. Standing, «Un reddito di cittadinanza per gli europei»: *Politica e economia* 11 (1988), que en la renta mínima garantizada ve satisfecha, además de la exigencia de desvincular del trabajo la garantía de supervivencia, generada por la creciente reducción del trabajo dependiente, también la de una mayor flexibilidad y movilidad del trabajo de acuerdo con las tendencias del mercado, por un lado, y con las variables actitudes y opciones de los trabajadores, por otro; M. Paci, *La sfida della cittadinanza sociale*, Edizioni Lavoro, Roma, 1990, pp. 131-146, que propone, sin embargo, reservar la renta mínima garantizada a los desempleados, es decir, a cuantos «no encuentran trabajo, no pueden o no quieren trabajar», con la desventaja, a mi juicio, de perder el automatismo de la prestación y de favorecer formas de trabajo clandestino; Íd., *Pubblico e privato nei sistemi di Welfare*, Liguori, Napoli, 1990, pp. 100-105, donde defiende «un régimen universalista de tutela de pensiones básicas» según el modelo sueco. Cf., además, P. van Parijs (ed.), *Arguing for Basic Income. Ethical Foundations for a Radical Reform*, Verso, London, 1992; A. Atkinson, *Public Economics in Action* [1995], trad. it., *Per un nuovo Welfare State*, Laterza, Roma-Bari, 1998; los trabajos de A. Caillé, C. Offe, D. Purdy, P. van Parijs, A. Fumagalli, M. Bascetta y G. Bronzini, *La democrazia del reddito universale*, Manifestolibri, Roma, 1997, con un amplio apéndice bibliográfico; E. Granaglia, «La redistribuzione», en apéndice a J. E. Stiglitz, *In un mondo imperfetto. Mercato e democrazia nell'era della globalizzazione*, Donzelli, Roma, 2001, pp. 67-77; D. del Bo, *Un reddito per tutti*, Ibis, Como-Pavia, 2004; P. van Parijs, «Basic Income: a simple and powerful idea for the Twenty-first century»: *Politics and Society* 34 (2004).

191. Cf. S. Casese, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 26-27 y 199; R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 270-271.

192. M. S. Giannini, «Basi costituzionali della propietà privata»: *Politica del diritto* II (1971), 474. Sobre la cuestión, cf. también G. Tarello, «La disciplina costituzionale della proprietà», en *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 257-259.

193. L. Wacquant, *Parola d'ordine: tolleranza zero*..., cit., pp. 87-101, habla de «socialpanoptismo» a propósito de los «dispositivos panópticos cada vez más refinados e intrusivos, directamente integrados en los programas de protección y asistencia social».

194. Sobre el derecho a la salud como situación compleja, cf. G. Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Il Mulino, Bologna, 1978; Íd., «Salute (Diritto alla)», en *Novissimo Digesto Italiano. Appendice*, Utet, Torino, 1986, vol. VI, pp. 913-921; Íd., *La persona Tra cittadinanza e mercato*, Feltrinelli, Milano, 1992, pp. 49-74; F. D. Busnelli y U. Breccia (eds.), *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1978; M. Luciani, «Il diritto costituzionale alla salute»: *Diritto e società* (1980), 783 ss.; A. Santosuosso, «Situazioni critiche nel rapporto medico-paziente: una ricostruzione giuridica»: *Politica del diritto* 2 (1990), 181-216; Íd., «Gli sviluppi del diritto alla salute in Italia»: *L'arco di Giano* 4 (1994), 53-73; E. Lecaldano, *Bioetica...*, cit., pp. 279-330.

195. En el código civil de 1865 la responsabilidad del empresario se limitaba a la genéricamente extracontractual, derivada de la prohibición *neminem laedere*: «Cualquier hecho del hombre que acarree daño a otros, obliga al culpable a resarcir el daño» (art. 1151); «Cada uno responde del daño ocasionado no sólo por hecho propio, sino también por negligencia o imprudencia» (art. 1152). En cambio, el art. 2087 del Código actual impone también obligaciones de hacer: «El empresario está obligado a adoptar en la gestión de la empresa las medidas que, según las particularidades del trabajo, la experiencia y la técnica, sean necesarias para tutelar la integridad física y la personalidad moral de los trabajadores»; como, por ejemplo, en relación con el llamado *mobbing*, claramente lesivo para la «personalidad moral» del trabajador.

196. Es el principio establecido por la Corte Constitucional italiana, según la cual, con el fin de satisfacer el derecho a la salud, las garantías y los seguros públicos no son en absoluto fungibles con los seguros privados por múltiples razones: dado que éstos, argumenta la Corte, buscan la «utilidad de la empresa» calculada en función de la «cobertura del riesgo» asegurativo, mientras que aquéllos, en cambio, están «llamados a proveer a los cometidos que la Constitución encomienda en primer término al Estado», obligado a asegurar a los ciudadanos «plena garantía de la obtención de las previsiones a las que tienen derecho, sin provocar desequilibrios y diferencias» e independientemente no sólo de toda finalidad de lucro sino del mismo «pago de las aportaciones», cuya eventual omisión por parte del empleador no condiciona en modo alguno el derecho a la prestación» (sentencia 160/1974, de 6 de junio).

197. G. Rabaglietti, «Sanità pubblica», en *Novissimo Digesto Italiano*, cit., vol. XVI, 1969, pp. 488-496; Íd., «Malattie infettive», *ibid*., vol. X, 1964, pp. 59-63.

198. La «Carta de los derechos del enfermo», redactada por un grupo compuesto por G. Cotturri, S. A. Inglese, G. Moro, C. Roffiaen y C. Scattlon y aprobada y discutida por iniciativa de la asociación «Cittadinanza attiva», con ocasión de la conferencia «The future patient», celebrada en Bruselas los días 14 y 15 de noviembre de 2002, incluye un listado de 14 derechos implícitos en el derecho a la salud.

199. Es el título del libro de Luis Niño, *Eutanasia. Morir con dignidad. Consecuencias jurídico-penales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, con un amplio apéndice bibliográfico. Cf., además, A. Santosuosso, «A proposito di 'living will' e di 'advance directives': note per il dibattito»: *Politica del diritto* 3 (1990), 477-497; Íd. «Valutazione medica e autonomia del paziente: accanimento terapeutico e eutanasia», en M. Barni y A Santosusso (eds.), *Medicina e diritto. Prospettive e responsabilità della profesione medica oggi*, Giuffrè, Milano, 1995; D. Neri, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità della persona*, Laterza, Roma-Bari, 1995; C. Tripodina, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Jovene, Napoli, 2004; C. Juanatey, *El derecho y la muerte voluntaria*, Fontamara, México, 2004; E. Lecaldano, *Bioetica...*, cit., pp. 45-130; G. Gilardi, «La

difficile vita e la morte dignitosa di Piergiorgio Welby»: *Questione giustizia* 6 (2006), 117-137.

200. A. Sen, *Globalizzazione e libertà*, Mondadori, Milano, 2002, pp. 142-143.

201. A. de Tocqueville, *La democracia en América*, cit., vol. I, Primera Parte, cap. III, pp. 187-188: «Pero en América no sólo son iguales las fortunas. La igualdad se extiende hasta cierto punto a las mismas inteligencias. No creo que exista país en el mundo donde, en proporción a la población, se encuentren tan pocos ignorantes y menos sabios que en América. La instrucción primaria está al alcance de todos, la instrucción superior no está casi al alcance de nadie [...] En América se ha establecido un cierto nivel medio respecto a los conocimientos humanos. Todos los espíritus se le aproximan, unos por arriba y otros por debajo». Y más adelante: «No dudo de que las instituciones democráticas, unidas a la naturaleza física del país, son la causa, no directa, como tantas personas dicen, sino indirecta, del prodigioso movimiento de la industria que se observa en los Estados Unidos. No son las leyes las que le dan origen, sino que es el pueblo quien aprende a producirlo al hacer la ley» (*ibid.*, vol. I, Segunda Parte, cap. VI, p. 444). Recuérdese también lo que escribe a propósito de los primeros emigrantes en Nueva Inglaterra: «Había, guardada la proporción, más ilustración repartida entre aquellos hombres que la que existe en ninguna nación europea de nuestros días. Todos, puede que sin exceptuar ninguno, habían recibido una educación bastante avanzada y muchos de entre ellos se habían dado a conocer en Europa por sus talentos y saberes» (*ibid.*, vol. I, Primera Parte, cap. II, p. 160).

202. Sobre el derecho a la educación, véanse, U. Pototschning, «Istruzione (diritto alla)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXIII, 1973, pp. 96-116; A. Talamanca, «Istruzione religiosa», *ibid.*, pp. 117-131. Sobre la libertad de enseñanza, cf. U. Pototschning, «Insegnamento (libertà di)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXI, pp. 721-751; F. Colao, *La libertà di insegnamento e l'autonomia nell'università liberale. Norme e progetti per l'istruzione superiore in Italia (1848-1923)*, Giuffrè, Milano, 1995; M. Vigli, «Libertà di insegnamento. E di educazione?», en M. Bovero (ed.), *Quale libertà...*, cit., pp. 107-119.

203. M. Friedman, «The Role of Government», en Íd., *Capitalism and Freedom* [1962], cap. VI, trad. it., *Efficienza economica e libertà*, Vallecchi, Firenze, 1967 (trad. cast., *Capitalismo y libertad*, Rialp, Madrid, 1966). Sobre esta financiación de hecho de la escuela privada con derogación del art. 33 de la Constitución italiana y, en particular, sobre la inserción de las escuelas confesionales en el sector público, cf. V. Frajese, «Scuola pubblica e scuola confessionale: un nodo costituzionale»: *Democrazia e diritto* 3 (2000), 129-145.

204. Recuérdese la áspera crítica de Bruce Ackerman a la propuesta de los «bonos escuela» por parte de M. Friedman en el trabajo citado en la nota precedente: «Friedman, de manera singular, atribuye el carácter represivo de la educación pública al hecho de que los enseñantes no están en sintonía con las fuerzas del mercado. En consecuencia, querría que las escuelas compitieran para tener niños, concediendo a los padres el derecho a otorgar subvenciones a la institución que, según ellos, da a sus hijos la mejor educación disponible. El resultado, para Friedman, será un sistema mucho más sensible del que ahora existe. Pero ¿sensible a quién? Seguramente la mayor parte de los padres se opondrá a conceder las 'propias' subvenciones si no es para una educación que se esfuerce en dar vigor a los valores que ellos con tanto esfuerzo han impuesto a 'sus' hijos. Por consiguiente, el proyecto de Friedman legitima una serie de mezquinos despotismos, en los que padres con opiniones similares se asocian para enseñar a la fuerza a sus hijos, sin ninguna restricción. Una educación de

este género es una burla del ideal liberal [...] Si se me permite exagerar los hechos a la manera de Friedman, el problema de las escuelas públicas *no* está en el hecho de que sean insuficientemente sensibles a las ideas de los padres, sino en el hecho de que *ya* están demasiado ocupadas en reforzar la cultura primaria del niño, en lugar de ponerla en discusión. En todo caso Friedman asume que es legítimo someter a los niños al adoctrinamiento moral a condición de que las personas que lo ejerzan se llaman 'padres' [...] La reforma de Friedman es un impresionante símbolo de miopía liberal» (B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State* [1980], trad. it. de F. Romani, *La giustizia sociale nello stato liberale*, Il Mulino, Bologna, 1984, pp. 228-229 (trad. cast. de C. Rosenkrantz y otros, rev. de L. R. Rodríguez Abascal, *La justicia social en el Estado liberal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993). Las críticas de Ackerman han sido eficazmente reformuladas por F. Romani, *La società leggera. Liberalismo, mercato, istituzioni*, Marsilio, Venezia, 1995, pp. 116-119.

205. Por lo general, la doctrina italiana excluye semejante derecho: cf., por todos, A. Pace, *Problematica...*, cit., § 93, p. 426 y § 98, p. 448, que, sin embargo, ve en él un «valor de fondo» y una «idea fuerza» de los sistemas liberal-democráticos. Pero recuérdese el «derecho a recibir informaciones», del art. 19 de la Declaración Universal de 1948 y del art. 11 de la Carta de Niza, así como de las constituciones portuguesa y española, citados *supra* en la nota 80. Cf., además, sobre el derecho a la información tal como se configura en la moderna sociedad de la información, G. Alpa, *La persona...*, cit., pp. 75-90; S. Rodotà, *Tecnologie e diritti...*, cit., pp. 79-117.

206. En Italia, recuérdese el art. 9 del Estatuto de los Trabajadores (ley 300/1970, de 22 de mayo), que confiere a los trabajadores «el derecho a controlar la aplicación de las normas para la prevención de accidentes», y el art. 20 de la ley 833/1978, que para la tutela del derecho constitucional a la salud obliga a las empresas farmacéuticas y alimentarias a informar sobre la composición de sus productos. Pero, en los países occidentales, en los últimos decenios, el derecho del ciudadano a recibir (así como a acceder a) las informaciones que le conciernen, se ha desarrollado sobre todo en relación con la Administración Pública, con derogación de la regla de secreto vigente con anterioridad. En Italia son de recordar el reconocimiento de tal derecho así como del principio de publicidad de todos los actos de la Administración Pública, en virtud de las leyes 816/1985, de 26 de diciembre, y 142/1990, de 8 de junio; la obligación de motivar las resoluciones administrativas y el derecho de los ciudadanos a tomar conocimiento y recibir una copia de las que les afecten, establecidos por la ley 241/1990, de 7 de agosto; la creación de oficinas y ventanillas destinadas a las relaciones con el público, mediante el decreto legislativo 29/1993, de 3 de febrero; en fin, la disciplina orgánica sobre la información y la comunicación por parte de la Administración Pública, debida a la ley 150/2000, de 7 de junio. Esta legislación fue inaugurada en Estados Unidos, con la *Freedom of Information Act* de 1967, modificada e integrada en 1996 por la *Electronic Freedom of Information Act*, que obliga a la Administración Pública a entregar los documentos que les conciernen a los ciudadanos que lo soliciten. De modo análogo, en Francia, por ley 78/1978, de 17 de julio, se introdujo el derecho a la transparencia de la Administración Pública y a la consulta de los documentos personales en poder de ésta, siempre a salvo la tutela de los secretos previstos por la ley. Recuérdense, además, en Canadá, el *Access to Information Act*, de 1 de julio de 1983; en España, la ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre el derecho de los afectados a recibir las informaciones que soliciten; en Portugal, la ley 65/1993, de 26 de agosto, modificada por la ley 94/1999, de 16 de julio, sobre el derecho de acceso del

ciudadano a sus documentos personales en poder de la Administración; en Bélgica, la análoga ley de 11 de abril de 1994; en Gran Bretaña, el *Code of Practice on Access to Government Information*, de 1994, y el *Freedom of Informatioin Act* de 2000, que confieren un derecho general de acceso a las informaciones públicas; en Alemania, la *Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz-IuKDG*, de 1 de agosto de 1998, sobre los servicios de información y comunicación de la Administración Pública con el público.

207. En la Constitución italiana, por ejemplo, este derecho o interés es una implicación de los principios contenidos, entre otros, en los arts. 1 (sobre la soberanía popular), 3.2 (sobre el deber de la República de promover «la participación efectiva» en la vida política), 10 (sobre la adecuación del ordenamiento italiano al derecho internacional y por tanto a los ya recordados arts. 19 de la Declaración Universal de 1948 y 11 de la Carta de Niza), 33 y 34 (sobre la promoción de la cultura y de la educación), 48 y 49 (sobre los derechos políticos al voto y a la inscripción en partidos «para concurrir a determinar la política nacional»).

208. I. Kant, *La paz perpetua*, cit., Apéndice II, pp. 61-62. Recuérdese también el nexo entre libertad de información, independencia del poder judicial y control político y popular sobre las ilegalidades de los poderes públicos señalado por A. de Tocqueville, *La democracia en América*, cit., vol. I, Segunda Parte, cap. III, p. 358: «En ciertas naciones que se pretenden libres, todos los agentes del poder pueden violar impunemente la ley sin que la Constitución del país dé a los oprimidos el derecho a quejarse ante la justicia. En estos pueblos no es preciso considerar ya la libertad de prensa como una de las garantías, sino como la única garantía que queda de la libertad y de la seguridad de los ciudadanos [...] dejadnos perseguir vuestros crímenes ante los jueces ordinarios y puede que entonces consintamos en no apelar al tribunal de la opinión».

209. Es una clásica tesis bobbiana: N. Bobbio, «La democrazia e il potere invisibile» [1980], en Íd., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, pp. 75-100 (en particular, p. 86) (trad. cast. de J. Moreno, *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Baercelona, 1985); Íd., «*La grande dicotomia: pubblico/privato*» [1981], en *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1985, pp. 18-22; Íd., «Democrazia e scienza sociale» [1986], trad. cast. de A. J. Estrada, en N. Bobbio, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, [3]2009, pp. 418-431; Íd., «Democrazia e segreto» [1990], trad. cast. de J. Fernández Santillán, en *Teoría general de la política*, cit., pp. 431-448. Remito también a mi viejo escrito, «Segreto e informazione nello stato contemporaneo»: *Democrazia e diritto* 4 (1974), 721-727.

210. *Ibid.*, p. 358. Véase el pasaje citado íntegramente *supra*, en la nota 8 del capítulo XIII.

211. En efecto, el delito de «publicación o difusión de noticias falsas, exageradas o tendenciosas» aunque sean «aptas para perturbar el orden público», previsto en el art. 656 del Código Penal italiano, es insidioso en extremo, y no es casual que haya servido sobre todo para la represión del disenso o de la contra-información. Por otro lado, son cuando menos opinables, en cuanto a su legitimidad y eficacia, las reglas de deontología de la información a las que la Corte de Casación, en dos famosas sentencias, ha sometido el ejercicio del derecho de libertad de información: *a*) la verdad de la noticia, si no objetiva, al menos «putativa», es decir, basada en la convicción de buena fe sobre su fundamento; *b*) su interés público; *c*) la forma «civil» de su difusión, sin insinuaciones ni dramatizaciones sugestivas (Casación, I sec. civil, 5259/1984, de 18 de enero y Secc. Unidas penales, de 30 de enero de 1985). Son, claramente, máximas de

deontología periodística, cuya asunción como normas jurídicas —siempre a salvo la legítima previsión como delitos de las injurias y difamaciones, en garantía de los derechos de la persona a la propia dignidad y reputación, perseguibles mediante querella— crea el riesgo de dar lugar a una indebida limitación de la libertad de información.

212. J. Milton, *Areopagitica*, trad. it., Laterza, Bari, 1933, pp. 117-118 (trad. cast. de J. Carner, *Areopagítica*, FCE, México, [4]2005).

213. J. S. Mill, *Sobre la libertad*, cit., cap. 2, p. 81; *ibid*., p. 80: «La libertad completa de contradecir y desaprobar una opinión es la condición misma que nos justifica cuando la suponemos verdadera a los fines de la acción».

214. *Ibid*., p. 82: «Si no se hubiera permitido la discusión de la filosofía newtoniana», añade Mill, anticipando el principio de falsabilidad de Karl R. Popper, «a estas fechas no estaría la humanidad tan segura de su verdad como lo está. Las creencias en las que mayor confianza depositamos no tienen más salvaguarda para mantenerse que una permanente invitación a todo el mundo para que pruebe su carencia de fundamento. Si la invitación no es aceptada o si, aceptada, fracasa en su intento, podremos estar lejos todavía de la certidumbre, pero habremos hecho todo lo que el actual estado de la razón humana consiente; no hemos despreciado nada que pudiera dar a la verdad una probabilidad de alcanzarnos; abierto el palenque podemos esperar que, si existe una verdad mejor, será encontrada cuando la mente humana sea capaz de recibirla; y en tanto, podemos estar seguros de habernos acercado a la verdad todo lo posible en nuestro tiempo. Ésta es toda la certidumbre a la que puede llegar un ser falible, y ése es el único camino para alcanzarla».

215. En la Rusia de Putin el presidente ha intervenido en gran parte de los medios de información y ha neutralizado casi todos los de oposición. Incluso en Estados Unidos, la vieja libertad de prensa como cuarto poder y el viejo pluralismo de la información han sido, de hecho, gravemente redimensionados, estando en la actualidad buena parte de la información periodística y radiotelevisiva en poder de cinco grandes *corporations*, predominantemente filogubernativas. Por lo demás, lo que es grave para el futuro de la democracia, es que en estos años se ha desarrollado una refinada técnica de la persuasión y la manipulación periodística, experimentada con éxito sobre todo en las campañas electorales: a través de la dosificación de las noticias, las omisiones, las deformaciones, la neutralización de las noticias incómodas con noticias de despiste, las sugestiones producidas por noticias no falsas pero adecuadamente distorsionadas. Giancarlo Borsetti, *Spin. Trucchi e teleimbrogli della politica*, Marsilio, Venezia, 2007, ha ofrecido un cuadro inquietante de todo esto, con referencia a los trucos, tergiversaciones e insinuaciones puestas en escena en las televisiones italianas, estadounidenses e inglesas, con ocasión de las campañas electorales, por los profesionales de la comunicación política (ejemplo: un pseudo-sondeo, que resultó decisivo para la derrota de un candidato en las primarias presidenciales estadounidenses de 2000: «'¿Votaría usted por el candidato John McCain sabiendo que ha tenido un hijo ilegítimo de una mujer de color?' Naturalmente, el resultado de las respuestas no sirve»; como no cuenta el hecho de que «McCain tiene una hija adoptiva de Bangladesh» [*ibid*., pp. 25-26]).

216. Puede hacerse un discurso análogo para las redes vía cable de que se sirven los sistemas de telecomunicaciones. Como escriben F. Cardarelli y V. Zeno-Zencovich, *Il diritto delle telecomunicazioni. Principi, normativa, giurisprudenza*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 18: «Por tradición, por la importancia que tiene la red para la economía nacional, por los ingentes costes de realización, gestión, modernización, la misma ha sido confiada en el continente europeo casi

exclusivamente a un único gestor, denominado, precisamente, 'gestor de la red'», encargado de «tareas eminentemente técnicas» parangonables a las del «gestor de una red de carreteras». Se trata, pues, de una suerte de «monopolio natural, fundado esencialmente en la necesidad de la gestión unitaria de grandes infraestructuras, tanto desde el punto de vista técnico como del comercial» (*ibid.*, p. 61). Bastaría esto para justificar el carácter público de la red, ligado en todo caso a la necesidad de garantizar el acceso a todos y la imparcialidad de la gestión, sin favoritismos ni discriminaciones. Pero lo mismo puede decirse de las redes vía éter, que podrían ser instaladas por particulares, al resultar bastante menos costosas, pero cuya gestión compromete del mismo modo intereses públicos y derechos fundamentales: de la tutela del medio ambiente y el paisaje frente a los daños provenientes de la multiplicación de los repetidores, a la garantía de su gestión imparcial y del derecho de todos a su utilización.

217. A. de Tocqueville, *La democracia en América*, cit., vol. II, Cuarta Parte, cap. VI, p. 1160.

218. «La democracia», escribió Tocqueville, «no da al pueblo el gobierno más hábil, pero hace lo que a menudo el gobierno más hábil no puede crear; esparce por todo el cuerpo social una inquieta actividad, una fuerza superabundante, una energía que no existe nunca sin ella y que por poco que las circunstancias le sean favorables puede engendrar maravillas» (*La democracia en América*, cit., vol. I, Segunda Parte, cap. VI, p. 445). Y más adelante: «Lo que más temo para las generaciones futuras no son las revoluciones. Si los ciudadanos continúan encerrándose cada vez más estrechamente en el círculo de los pequeños intereses domésticos y agitándose en él sin reposo, se puede temer que acaben por hacerse inaccesibles a esas grandes y poderosas emociones públicas que perturban a los pueblos, pero que los desarrollan y renuevan. Cuando veo a la propiedad hacerse tan móvil y el amor a la propiedad tan inquieto y tan ardiente, no puedo evitar temer que los hombres lleguen al extremo de considerar toda teoría nueva como un peligro, toda innovación como una enojosa molestia, todo progreso social como un primer paso hacia una revolución, y que se nieguen por completo a moverse por miedo a que se les arrastre. Temo, lo confieso, que se dejen finalmente poseer de tal manera por un ruin amor a los goces presentes que desaparezca el interés por su propio porvenir y el de sus descendientes, y que prefieran seguir cómodamente el curso de su destino que hacer, en caso de necesidad, un súbito y enérgico esfuerzo para corregirlo» (*ibid.*, vol. II, Tercera Parte, cap. XXI, p. 1069). Recuérdense también las páginas de Tocqueville citadas, *supra*, en las notas 86 y 87.

219. P. Gobetti, *La rivoluzione liberale. Saggio sulla lotta politica in Italia* [1924], Einaudi, Torino, 1964, I, p. 9.

220. *Ibid.*

221. *Ibid.*, III, p. 146: «La lucha de clases ha sido el *experimentum crucis* de la práctica liberal; sólo a través de la lucha de clases el liberalismo puede demostrar su riqueza. Representa en política la parte que en economía correspondió al fenómeno del cambio y del comercio [...] Solamente la lucha, mientras condiciona el brotar de las iniciativas, garantiza la libertad de los individuos». Esta idea gobettiana y conflictual de libertad fue retomada algunos años más tarde por Leone Ginzburg en su programa de *Giustizia e libertà*: «Hablar de autonomía en el más puro sentido es afirmar el valor moral de la política; entender que la política debe ser en Italia el instrumento de una renovación de la libertad. La fórmula (tan feliz y autorizada) de *religión de la libertad* tiene precisamente este significado. Para esta religión, sin dogmas ni trascendencia, ni culto positivo (los ritos democráticos se convierten en idolatría con tanta facilidad), la lucha

política asume la importancia creadora y renovadora que tuvieron las grandes luchas religiosas [...] La política no es siempre actividad tan esencial (al menos la política de gobierno); puede realmente *delegarse*, cuando, por la coexistencia de instituciones autónomas, no represente más que una técnica, una gestión de negocios. Pero estas instituciones son el resultado de una lucha que ha hallado su equilibrio, y tienen una posibilidad de transformación interna. Ciertos problemas pierden (como en la moral individual) su importancia, y se convierten en pura administración cuando, en realidad, están resueltos; si la libertad ha llegado a ser un patrimonio común y habitual, esta o aquella posición gubernamental puede ser realmente indiferente. Nos liberamos de la política a través de la política. En cambio, entre nosotros, el desinterés es incapacidad de autogobierno. Por eso toda política es, hoy, afirmación de autonomía. Los Buer, los Rossi, los Andreis no se han sacrificado a las libertades futuras, sino que han creado y vivido su libertad, en el acto mismo de su acción y sacrificio. Crear una organización es crear una libertad actual [...] Creemos que hay un modo más concreto de dar vida a las tradicionales libertades que el de plantearlas únicamente como reivindicaciones: con la organización clandestina afirmamos la libertad de asociación; con los folletos, los opúsculos, los manifiestos, la libertad de prensa; con el programa de la libertad de pensamiento» (en *Quaderni di Giustizia e Libertà* 4 [1932], 6-12, ahora en *Scritti*, ed. de D. Zucàro, prólogo de L. Mangoni, introd. de N. Bobbio, Einaudi, Torino, 2000, pp. 4-5).

222. *Ibid*., II, p. 52: hasta el punto de que «la consigna de los liberales en Italia a partir del siglo pasado fue: 'todos liberales'» (*ibid*., p. 54). Es el mismo tipo de moderantismo —siempre recurrente— estigmatizado por Tocqueville a propósito del «vacío moral y político de la monarquía de julio» que, entre 1830 y 1848, marcó «el triunfo de la clase»: «La mentalidad propia de la clase media se convirtió en la del gobierno y dominó tanto la política interna como la exterior: una mentalidad activa, industriosa, a menudo deshonesta, generalmente limitada, en ocasiones temeraria por vanidad o egoísmo, pero tímida por temperamento, moderada en todo salvo en el ansia de bienestar, mediocre; en suma, un espíritu [...] que por sí solo no producirá más que un gobierno sin virtud y sin grandeza. Dueña de todo [...] la clase media, convertida en gobierno, comenzó a actuar como una empresa industrial, se cerró en su poder y en su egoísmo y sus miembros se preocuparon bastante más de sus negocios que de la cosa pública, de su provecho que de la grandeza de la nación. La posteridad, que mira sólo a los grandes crímenes y a la que, habitualmente, escapan los vicios, tal vez no sepa nunca hasta qué punto el gobierno de aquellos años se asemeja a una sociedad industrial, en la que todas las operaciones se decidían en razón de la utilidad que habrían producido para los accionistas [...] en un mundo político así compuesto y guiado, lo que faltaba más que nada, especialmente al final, era la vida política misma [...] [Al estar] el pueblo excluido de toda participación en la vida pública [...] no podía ser un campo de batalla para la confrontación de los grandes partidos. La estupefaciente homogeneidad de posiciones, intereses y finalmente de puntos de vista que reinaba en lo que Guizot había llamado el 'país legal', quitaba toda originalidad, toda pasión, todo viso de realidad a los debates parlamentarios» (*Souvenirs* [1850], trad. it. en *Antologia degli scritti politici di Alexis de Tocqueville*, Il Mulino, Bologna, 1962, pp. 151-153).

223. I. Kant, *¿Qué es la ilustración?* [1784], en Íd., *Filosofía de la historia*, trad. y prólogo de E. Imaz, FCE, México, 1978, p. 28.

224. *Ibid*., p. 27.

225. *Ibid*., p. 25.

226. *Ibid.*

227. *Ibid.*, pp. 25-26.
228. *Ibid.*, p. 26.
229. Recuérdese el art. 377 que cierra la Constitución francesa del año III, recogido en la nota 23 del capítulo XII.
230. Ch. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, cit., lib. IV, cap. V, pp. 72-73.
231. *Ibid.*, lib. V, cap. III, p. 77. He citado parte de este pasaje en el § 13.20.
232. *Ibid.*
233. *Ibid.*
234. *Ibid.*, p. 78.
235. *Ibid.*, cap. IV, p. 78: «Cuando se vive en una sociedad en la que las leyes han establecido la igualdad y la frugalidad, estas mismas virtudes son el excitante del amor que nace por ellas. En las Monarquías y en los Estados despóticos nadie aspira a la igualdad; ni siquiera se le ocurre a nadie semejante idea; cada individuo tiende a la superioridad. Las personas de más baja condición sólo desean salir de ella para ser dueños de los demás. Lo mismo ocurre con la frugalidad: para amarla hay que disfrutar de ella. Los que están corrompidos por los placeres no serán ciertamente los que apetezcan la vida frugal».
236. *Ibid.*, cap. V, p. 80.

XVI

LOS NIVELES DE LA DEMOCRACIA. LA DEMOCRACIA EN LA ÉPOCA DE LA GLOBALIZACIÓN

16.1. *El pluralismo internacional de los ordenamientos. Elementos de federalismo y niveles supranacionales de democracia*

Un postulado del positivismo jurídico es que el conjunto de las reglas y las figuras deónticas que integra el «derecho» —por eso llamado «positivo»— es «puesto» o producido conforme a reglas que forman parte de él (P11): *auctoritas, non veritas facit legem*, según la fórmula hobbesiana ya recordada. Pero ¿cuál es esta *auctoritas*? ¿A quién pertenece el poder constituyente por cuyo ejercicio se establecen los poderes constituidos, es decir, las diversas *auctoritates* legítimas, así como las normas que regulan el ejercicio de éstas? La teoría del derecho, por su carácter formal, no proporciona una respuesta a esta pregunta. Se limita a definir el poder constituyente (D12.1), identificándolo como una situación jurídica originaria imputada a un sujeto constituyente (T12.12-T12.14), no producida a su vez por un acto jurídico (T12.6-T12.7), no regulada por normas (T12.9-T12.10), que se afirma y se autorreconoce como tal en virtud de su efectividad (T12.14-T12.17), es decir, de su capacidad de dar vida, con el acto constituyente que es su ejercicio (D12.3), a un sistema de normas sobre la producción de normas como es el articulado en una estructura en grados, de los actuales ordenamientos avanzados (T12.127-T12.128).

Sólo en el plano de la observación empírica se puede identificar el poder constituyente con el poder de sujetos políticos concretamente determinados. Tal poder se ha identificado históricamente, sobre todo, con la *soberanía* según se manifiesta en la fundación de la formación jurídica artificial autónoma e independiente que es el Estado nacional moderno; y esto tanto cuando la misma se atribuye a un sujeto individual, en el caso de los ordenamientos monocráticos, como cuando, en los ordenamientos democráticos, la atribución se hace a esos sujetos colectivos que son los pueblos (T12.29). Sin embargo, el Estado, aunque

su nacimiento inaugurase el cambio de paradigma del derecho que es el derecho positivo moderno, es sólo una, si bien la más importante, de las instituciones políticas originarias (D12.40), es decir, de tantos entes y/u ordenamientos en los que está positivamente organizada o puede organizarse la vida social. Por eso, como se dijo en el § 12.11, el término «Estado» no se asume aquí como término de la teoría, ya que es, sobre todo, un término de la dogmática constitucionalista, es decir, del análisis de esas específicas instituciones políticas, históricamente determinadas, que son, precisamente, las instituciones estatales.

En efecto, junto al Estado han hecho su aparición, particularmente en el siglo pasado, otras formaciones políticas originarias, producidas por otros poderes constituyentes, que han puesto en crisis, a través de los ordenamientos inter- o supranacionales constituidos por ellos, la autosuficiencia normativa de los Estados nacionales y su misma independencia y soberanía. Además, como he apuntado en el § 12.19, se han desarrollado poderes extra- y supraestatales del todo desvinculados de ordenamientos o redes normativas idóneas para legitimar las formas y la sustancia de su ejercicio. Al mismo tiempo se han hecho cada vez más inadecuadas, por arriba y por abajo, gran parte de las viejas funciones del Estado nacional. Las administrativas, tanto de gobierno como de garantía, que han experimentado o tienden a experimentar la descentralización en instituciones lo más locales o infraestatales posible; las funciones de gobierno y de garantía destinadas a la defensa de la paz, la seguridad, el medio ambiente y los derechos humanos, incluso frente a los Estados, que, por el contrario, sólo pueden ejercerse seriamente en el plano internacional.

De aquí se ha seguido una progresiva pérdida de relieve de los Estados, que se han revelado demasiado grandes para las cosas pequeñas y demasiado pequeños para las cosas grandes. Hecha excepción de algunas pocas potencias, el Estado nacional está perdiendo su autosuficiencia y exclusividad normativa en el plano jurídico, su soberanía en el plano político, su centralidad en el económico. La crisis está determinada por la revolución en curso en las comunicaciones, la economía, la política y el derecho, un fenómeno que ha derribado las viejas fronteras estatales en todas estas dimensiones de la vida social, generando problemas dramáticos, ahora ya de forma irreversible supraestatales. Desde el retorno de la guerra como instrumento de solución de las controversias entre Estados al desarrollo de una criminalidad y un terrorismo internacionales; del crecimiento de las desigualdades, y con ellas del hambre y las enfermedades que afligen a miles de millones de seres humanos, a las perturbaciones ecológicas del planeta que amenazan el futuro de toda la humanidad. Se trata de problemas en gran parte irresueltos, a los que sólo puede hacerse frente mediante un cambio de paradigma del derecho como técnica de limitación de los poderes y de garantía de la paz y de los derechos humanos; un tercer cambio, después de los dos primeros ilustrados en el § 13.6, es decir, del producido con la formación de los

Estados nacionales y del que tuvo lugar después merced a la refundación de éstos según el paradigma de la democracia constitucional.

Esta tercera transformación se produjo ya en parte, en el plano normativo, en el siglo pasado, con el nacimiento de instituciones políticas inter- o supranacionales, como, sobre todo, la Organización de las Naciones Unidas, y más tarde, otras instituciones supraestatales, desde la Unión Europea a las diversas organizaciones internacionales dotadas de competencias sectoriales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio y, por otra parte, las innumerables agencias y autoridades independientes de carácter global y regional en materia de transportes, alimentación, sanidad, cambio climático, protección del medio ambiente y similares[1]. Según nuestras tesis D8.11-D8.15 y T8.96-T8.106, cada una de estas instituciones corresponde a otros tantos entes y ordenamientos de diversas formas supraordenados, coordinados o integrados en los ordenamientos estatales, cuyo conjunto puede denotarse con la vieja expresión «derecho internacional» u «ordenamiento internacional».

Por tanto, el problema que ahora hemos de afrontar es el de la relación entre estas instituciones, entes y ordenamientos, que ha dado lugar a la formación del llamado derecho internacional, y los ordenamientos estatales. Es la vieja cuestión teórica de la naturaleza del derecho internacional —de su existencia como ordenamiento jurídico integrado en los, inclusivo de los, o distinto de los diversos derechos estatales— que hoy, sin embargo, ha asumido una relevancia y una centralidad sin precedentes, a causa del extraordinario desarrollo de las organizaciones internacionales y de las complicaciones que éste ha generado en el sistema de las fuentes[2]. En la doctrina tradicional fue habitual distinguir tres concepciones diversas del derecho internacional y de sus relaciones con el derecho estatal, a partir del reconocimiento del carácter originario o derivado de los ordenamientos estatales y/o del ordenamiento internacional[3].

Según una primera concepción, *monista-estatalista*, que se remonta a Hegel y se afirma, sobre todo, entre los internacionalistas del siglo XIX, el ordenamiento internacional no existiría como ordenamiento originario sino sólo como ordenamiento derivado (D12.41) del estatal; precisamente como «derecho político externo», formado por las normas estatales que regulan la relación del Estado con otros Estados, de manera que no existiría un único derecho internacional sino tantos ordenamientos internacionales cuantos son los Estados de cuyos ordenamientos aquéllos reiterarían la validez[4]. Es claro que una tesis semejante, al suponer la absoluta soberanía y autosuficiencia normativa de los ordenamientos estatales, equivale a la negación del derecho internacional[5]. En todo caso, si es que alguna vez fue sostenible, estaría hoy desmentida por el desarrollo de instituciones y ordenamientos internacionales, con seguridad originarios, en cuanto fundados en actos constituyentes autónomos, consistentes en tratados o en convenciones internacionales entre Estados.

Igualmente monista, pero diametralmente opuesta, es la teoría *monista-internacionalista* de la unidad del derecho, fundada en la primacía del derecho internacional y no del estatal. Según esta tesis, sostenida por Hans Kelsen, es el derecho estatal el que forma parte del internacional, al ser su norma fundamental el principio de efectividad, que no es más que la norma del ordenamiento internacional según la cual sólo son válidas, y por tanto existentes, las constituciones y los correspondientes ordenamientos dotados de efectividad[6]. Se trata de una construcción que, con razón, ha suscitado críticas de fondo: desde la observación de que los ordenamientos estatales son ordenamientos originarios, a la de que la efectividad no es una norma sino un hecho, que por ello carece de aptitud para regular, ni formal ni sustancialmente, el ejercicio de los poderes constituyentes de los ordenamientos estatales, y no es más que un rasgo necesario de tales poderes (T12.16)[7].

La tercera concepción es la *dualista* de la coexistencia de los derechos estatales y el internacional, ambos originarios, avanzada por Heinrich Triepel y replanteada en Italia por Dionisio Anzilotti[8]. Según esta tesis, ampliamente dominante hasta hace algún decenio, el ordenamiento internacional y los ordenamientos estatales no sólo son distintos, sino que también permanecen separados e independientes entre sí, teniendo cada uno su propio sistema de fuentes y su autónomo fundamento de validez en un propio acto y poder constituyente. Con la consecuencia, en las formulaciones más extremas de esta teoría, de que cada ordenamiento —el internacional, de un lado, y cada uno de los estatales, de otro— se coloca en relación con los demás como ordenamiento jurídico «único» y «exclusivo», respecto del cual los restantes tienen el «valor de meros hechos»[9].

En fin, en las orientaciones más recientes, también a la luz de los desarrollos del derecho internacional, se habla más de *pluralismo de los ordenamientos* que de dualismo. En el sentido de que los derechos estatales forman una pluralidad de ordenamientos y también, cabe añadir, en el de que el mismo derecho internacional está formado por una pluralidad de instituciones y de los correspondientes entes y ordenamientos. Sobre todo, además, se ha reconocido que entre estas diversas instituciones existen múltiples relaciones de distinta naturaleza —de coordinación, subsidiariedad, subordinación, integración— determinadas por las diversas normas de derecho positivo que les son propias[10]. En la mayor parte de los casos, se trata de instituciones y de ordenamientos no derivados sino originarios, en el sentido que ya se definió (D12.40). Pero «ordenamiento originario», como se dijo entonces, no equivale necesariamente a ordenamiento «soberano» o «ilimitado». Al contrario, los diversos tipos de relaciones dan lugar a grados diversos de integración y, consecuentemente, de limitación de la soberanía que no es posible predeterminar en el plano teórico, pues dependen de su concreta disciplina de derecho positivo.

El grado más elevado de integración entre ordenamientos estatales es el producido en el nivel *constitucional* por la institución de órganos

supraestatales productores de normas que entran inmediatamente en vigor en ellos, como normas directamente aplicables, sin específicos actos de recepción o ratificación legislativa. La presencia de estos órganos y de estas competencias normativas es el rasgo distintivo del *federalismo* (D12.42). Sin embargo, como se ha visto en el § 12.19, el vínculo federal puede ser más o menos fuerte según la cantidad de competencias y de poderes conferidos a las instituciones centrales, así como del grado de solidaridad y de identidad colectiva que a éstas correspondan en el plano social. Es obvio que el ligamen más fuerte es el constitucionalmente instituido en los Estados federales, consistentes en ordenamientos unitarios dentro de los cuales las instituciones federales, generadas por actos constituyentes, están supraordenadas, en virtud de las correspondientes constituciones, a los Estados miembros, privados de subjetividad internacional y también de una serie más o menos amplia de funciones públicas atribuidas separadamente al Estado federal o compartidas con él de distintas formas[11]. Pero también la Unión Europea entra ya en el paradigma federal —y precisamente en el de la «federación» y no en el del «Estado federal», según la distinción trazada en el § 12.19— en cuanto dotada de órganos supraestatales competentes para la producción de normas inmediatamente válidas en los Estados miembros[12], según una estructura, no obstante, no piramidal sino «puntiforme y reticular», que opera en una pluralidad de sectores, sobre la base de relaciones de cooperación o de subsidiariedad con los órganos nacionales[13].

Es en cambio una integración débil la generada, en el plano *internacional*, por tratados o convenciones productores de normas que, aun vinculando a los Estados contratantes, no entran inmediatamente en vigor en sus ordenamientos sino en virtud de una formal recepción por parte de las fuentes estatales. De hecho, en muchas constituciones estatales está previsto un modelo de integración mixta: la recepción automática en el derecho interno del llamado derecho internacional general o consuetudinario, que, por consiguiente, entra de inmediato a formar parte del derecho estatal[14], y la recepción, en cambio, de las normas contenidas en tratados o convenciones internacionales en virtud de actos normativos *ad hoc* de ratificación o de aprobación. Es el caso de la Constitución italiana, cuyo artículo 10 establece que «el ordenamiento jurídico italiano acepta las normas de derecho internacional generalmente reconocidas» y cuyo artículo 80 prevé, en cambio, la ratificación por las Cámaras, mediante una ley, de los tratados que de cualquier modo incidan en el ordenamiento interno del Estado. Pero es también el caso de muchas otras constituciones, como la alemana, la griega y la irlandesa, que igualmente disponen la adaptación automática del derecho interno al derecho internacional general y la ratificación de los tratados y de los acuerdos internacionales[15].

Así, actualmente, en la comunidad internacional se encuentran elementos, siquiera embrionarios, de federalismo, aunque sólo sea a causa de las normas que en muchos ordenamientos estatales disponen la re-

cepción directa de las (y por esto algún grado de subordinación a las) normas del derecho internacional general o consuetudinario (D12.42). No obstante, como se dijo en el § 12.19, la gran y creciente variedad de las relaciones de integración reconducibles al paradigma federal exige que se hable sobre todo de *grados de federalismo* más o menos acentuados, antes que de 'federaciones' y de 'no federaciones' en términos dicotómicos. En efecto, el ordenamiento internacional puede concebirse como un ordenamiento pluralista, compuesto de varios ordenamientos conectados entre sí por diversos grados de integración, que van desde la organización federal a la simple adhesión a la ONU, susceptible de concebirse a su vez como una suerte de confederación (D12.44) en virtud de la aceptación de sus normas por parte de todos los Estados miembros.

Esto hace ciertamente insostenible a tenor del derecho vigente, y quizá también indeseable, cualquier forma de monismo, no sólo estatal sino también internacional. Pero, después de la institución de las Naciones Unidas y de la aprobación y ratificación de pactos y convenciones de derechos humanos por parte de un número creciente de Estados, es igualmente insostenible la concepción dualista conforme a la cual el derecho internacional y los diversos derechos estatales se configurarían como ordenamientos separados, cada uno único y exclusivo respecto de los demás. La imagen del derecho internacional que expresa el *pluralismo de los ordenamientos* que lo componen es, por el contrario, la de una *red* compleja y diversamente integrada por instituciones y sistemas jurídicos, articulada en distintos niveles normativos. A ello se debe que el de la garantía de *niveles supranacionales de democracia* sea el gran problema que hoy se plantea a la reflexión teórica y al planeamiento jurídico y político. En la actualidad disponemos ya de una embrionaria constitución del mundo, la Carta de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, los dos Pactos sobre los derechos de 1966. Lo que falta, como veremos, son los límites y vínculos fundamentales (D11.24-D11.25) idóneos para garantizar sus promesas de paz y de igualdad en los derechos frente a las agresiones provenientes de la selva de los poderes desregulados, tanto políticos como económicos. Al análisis de estos poderes, y los primeros entre ellos los poderes soberanos de los Estados, está dedicada la primera parte de este último capítulo.

16.2. *Los itinerarios de la soberanía. El cambio de paradigma del derecho internacional producido con la Carta de la ONU*

En los orígenes de la cultura jurídica moderna hay una paradoja. La doctrina del contrato social como pacto constituyente del vivir civil, elaborada por la filosofía iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, ve en la tutela del derecho a la vida, figura paradigmática de los que llegarían a ser derechos fundamentales, el fundamento de la razón y del artificio jurídico

y estatal. Pero este artificio, al que se encomienda la tutela de la vida, es concebido por aquélla como Estado soberano, contradictoriamente dotado de un poder absoluto de vida y muerte: del *ius vitae ac necis* en el interior, en relación con los asociados, y del *ius ad bellum* en el exterior, en las relaciones con los demás Estados[16]. En efecto, según el realismo elemental del primer contractualismo, sólo un poder soberano puede garantizar, con el monopolio de la fuerza y del poder de infligir la muerte, la defensa de la vida frente a los atentados de los delincuentes internos y de los enemigos externos. De este modo, todavía hasta la mitad del siglo XX han convivido, en los mismos ordenamientos, la proclamación de los derechos humanos como derechos inviolables y la soberanía del Estado, en principio ilimitada, y por ello en condiciones de violar esos mismos derechos, gracias a la omnipotencia del legislador dentro de las fronteras nacionales y al reconocimiento del derecho de guerra en las relaciones externas entre Estados.

Así pues, la «soberanía» representa una aporía de las doctrinas contractualistas, fundamento, con el monopolio estatal de la producción jurídica, del principio de legalidad y, a la vez, *potestas legibus soluta*[17], en contraste con este mismo principio; norma de reconocimiento del derecho positivo y del artificio político, en virtual contradicción con la razón social de uno y otro; categoría moderna, pues carece de sentido hablar de ella en sistemas de tipo jurisprudencial y consuetudinario y, al mismo tiempo, como poder desregulado, último residuo del estado de naturaleza[18]. Su historia corresponde a dos historias paralelas y opuestas, la de la *soberanía interna*, que es la historia de su progresiva disolución, con el desarrollo de los estados constitucionales y democráticos de derecho; y la de la *soberanía externa*, que, en cambio, es la historia de su progresiva absolutización, que alcanzó su ápice en la primera mitad del siglo pasado con las catástrofes de las dos guerras mundiales[19].

La primera historia tiene su punto de partida en el final del absolutismo regio y el nacimiento del estado liberal. Según se ha visto en el § 13.6, con las primeras constituciones y codificaciones y con la formación del estado de derecho, cambia la forma del Estado, cuya soberanía interna se reduce progresivamente en virtud de su creciente sujeción a la ley. En efecto, principio de legalidad, división y separación de poderes y derechos fundamentales corresponden a otras tantas limitaciones de aquélla, que transforman la relación entre estado y ciudadano en una relación entre dos sujetos con soberanía limitada. Sin embargo, en la construcción decimonónica del estado liberal, permanece un residuo de absolutismo, ligado a la supervivencia de la aporía de la soberanía interna como todavía se manifiesta en el principio positivista de la primacía de la ley y de la omnipotencia del parlamento.

El principio de la soberanía popular sigue, al mismo tiempo, un recorrido opuesto. La comunidad internacional, concebida por Francisco de Vitoria y después por Francisco Suárez, Alberico Gentili y Ugo Grocio, en los orígenes de la Edad Moderna, como una sociedad de *respublicae*

o *civitates* independientes pero sujetas a un mismo derecho de gentes[20], será para la filosofía política contractualista una sociedad salvaje en el estado de naturaleza. Los Estados —escriben Hobbes y Locke— se hallan entre sí en la condición del *bellum omnium*, una condición efectiva, y no puramente teórica como la imaginada entre los seres humanos, dado que la «libertad del Estado», escribió Hobbes, «es la misma que cada hombre debería tener si no hubiera ni leyes civiles ni Estado alguno» y comporta los mismos efectos de «guerra perpetua»[21].

De este modo, la superación gradual del estado de naturaleza en el interior y su instauración y desarrollo en el exterior, fueron, hasta mediados del siglo XX, las dos coordenadas en cuyo marco se produjo la historia del Estado moderno, ambas inscritas en su código genético por la filosofía política iusnaturalista. El Estado nacional soberano resulta así fundado en dos oposiciones —por negación y por afirmación— al estado de naturaleza. En cuanto «estado civil», en la negación del estado natural de las sociedades primitivas de los hombres de carne y hueso, y por eso en la oposición entre «civilidad» e «incivilidad» y entre «ciudadanos» y «no-ciudadanos» como fuente de legitimación de nuevas formas de desigualdad y de dominio; por otro lado, en la afirmación de un nuevo estado de naturaleza, el de la sociedad salvaje pero artificial de los Estados soberanos, y así en su oposición como Estados virtualmente en guerra pero también unidos, como «mundo civil», por el derecho-deber de civilizar el resto del mundo todavía «incivil».

En el plano normativo, la peripecia histórica de la soberanía de los Estados nacionales concluye en la primera mitad del siglo pasado. Mientras que en los ordenamientos internos de los países de más frágil democracia, la ausencia de límites y de garantías frente a los supremos poderes de mayoría degeneró en regímenes totalitarios, en las relaciones externas de casi todos los países europeos acabó por secundar políticas de potencia, que se manifestaron en las colonizaciones de gran parte del planeta y deflagraron en las dos guerras mundiales. Por eso, fueron las duras lecciones de las tragedias consumadas entonces —los totalitarismos y las guerras, Auschwitz e Hiroshima— las que provocaron, junto a una nueva conciencia sobre las razones y las condiciones de la democracia, una refundación del derecho y de las instituciones políticas, tanto estatales como internacionales, basada en la superación de las aporías de la soberanía interna y externa, al menos en el plano normativo. Esta refundación se expresó en dos grandes conquistas, ambas actualmente en crisis, que, como otros tantos rechazos de los horrores del pasado, chocaron una con la forma institucional de los Estados nacionales y la otra, con las formas de las relaciones de los Estados. Ambas conquistas fueron el fruto de una misma operación: la ampliación del viejo paradigma del Estado de derecho, a través de la constitucionalización de los derechos humanos y del principio de la paz como límites y vínculos impuestos a la política, es decir, a los poderes supremos tanto internos como internacionales. Y ambas han producido un nuevo paradigma en el plano nor-

mativo, una del derecho estatal, la otra del internacional, a mi juicio, no adecuadamente tratado por la reflexión jurídica y política.

La primera conquista, ampliamente ilustrada en los capítulos precedentes, ha consistido en la forma constitucional conferida a la democracia por la rigidez de las nuevas constituciones y por la introducción del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. Como se ha visto, gracias a ella el derecho positivo ha cambiado de naturaleza. Ya no es sólo regulador sino que está asimismo regulado no sólo por normas formales sobre su formación, sino también por normas constitucionales acerca de sus contenidos, las cuales condicionan su validez al respeto de los (es decir, a la coherencia con los) principios y los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Y, además, ha cambiado también la estructura de la democracia, al no ser ya ilimitado el poder del pueblo, o mejor de la mayoría, y por eso con riesgo de degenerar en formas totalitarias, como mostró el advenimiento del fascismo, sino sometido a límites y a vínculos de contenido impuestos por las constituciones[22]. Así, en el nuevo paradigma, también la mayoría está sujeta al derecho y, precisamente, al principio de la paz y a los derechos humanos. Y hay que decir que no sólo a los tradicionales derechos a la vida y de libertad, sino también a esos derechos a la supervivencia que son los derechos sociales a la salud, la educación y la subsistencia, también constitucionalizados. En suma, con las constituciones rígidas quiebra el postulado —paleo-positivista y a la vez «democrático»— de la omnipotencia del legislador y de la soberanía del parlamento y alcanza plena realización el modelo del estado de derecho, con la sujeción también del poder legislativo de mayoría a la ley constitucional. En las democracias constitucionales ya no existen poderes o sujetos absolutos o soberanos. El mismo principio de la «soberanía popular», enunciado en muchas constituciones, sirve para sancionar y al mismo tiempo para garantizar tal inexistencia. En efecto, como se dijo en el § 13.2, ese principio significa que la soberanía, por pertenecer al pueblo, no pertenece a ningún otro, y que nadie puede apropiársela, y menos aún lesionar o reducir esos fragmentos de la misma correspondientes a todos y cada uno que son los derechos fundamentales.

La segunda conquista jurídica del siglo XX, que, por desgracia, se ha quedado en gran parte en el papel, fue el cambio de paradigma registrado en las relaciones internacionales. Con la institución de la ONU, el derecho internacional pasó de ser un sistema de relaciones entre Estados soberanos basado únicamente en las relaciones de fuerza y por eso destinado a degenerar en la guerra mundial o de todos a ser un ordenamiento jurídico supraestatal que reúne a casi todos los Estados —191— y que se funda en la prohibición de la guerra y sobre los derechos fundamentales de todos los seres humanos. También este cambio tuvo expresión en la estipulación de un pacto constitucional de convivencia, la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los dos Pactos sobre derechos civiles, políticos,

económicos, sociales y culturales de 1966, que en su conjunto forman, se ha dicho, una suerte de constitución embrionaria del mundo. En el plano normativo estos documentos transforman el orden jurídico internacional, produciendo en él el paso del estado de naturaleza al estado civil: de sistema *pacticio* de relaciones bilaterales y paritarias entre Estados soberanos a verdadero *ordenamiento jurídico* de tipo confederal. En efecto, el contrato social internacional, histórico y no metafórico, así estipulado pone fin al viejo modelo de relaciones internacionales basado en tratados bilaterales que se había afirmado tres siglos antes con la paz de Westfalia, al concluir otra guerra europea de treinta años. Y sirve para sujetar a todos los Estados, como *pactum subiectionis* y no sólo *associationis*, a un ordenamiento supranacional cuya razón social puede perfectamente identificarse con la garantía universal de la paz y de los derechos humanos. Por su virtud, los Estados adherentes dejan de ser, también en sus relaciones externas, *legibus soluti*, para quedar sometidos, jurídicamente, a las dos normas mencionadas y, como veremos, estrechamente relacionadas entre sí. Sobre todo, la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones interestatales, que suprime el llamado *ius ad bellum* que fuera el principal atributo de la soberanía; en segundo lugar, la estipulación de los derechos humanos, que transforma tales derechos en límites y vínculos ya no sólo constitucionales sino supraestatales, externos además de internos, a la potestad de los Estados.

En este punto, la soberanía, que ya se había vaciado hasta disolverse en su dimensión interna con el desarrollo del estado constitucional de derecho, resulta negada, en el plano jurídico, también en su dimensión externa, revelándose finalmente como una categoría incompatible con el derecho y consecuentemente con la paz y con la democracia[23]. Ahora se puede afirmar que su crisis comienza, tanto en la dimensión externa como en la interna, precisamente en el momento mismo en que entra en relación con el derecho, dado que ella es la negación de éste, es decir, la ausencia de límites y de reglas, del mismo modo que el derecho —el constitucional dentro de los Estados y el nuevo derecho internacional en el exterior— es su negación. Pero igualmente cae, si bien sólo en el plano jurídico, la idea de la ciudadanía como presupuesto de los derechos, íntimamente ligada a aquélla, y que, según se ha visto en el capítulo IX, contradice ahora no sólo el universalismo de los derechos que las propias constituciones estatales atribuyen a todos en cuanto personas, sino también el pleno universalismo de todos los derechos fundamentales en el ordenamiento internacional. En efecto, éste, en diversas declaraciones y convenciones ha conferido estos derechos a los seres humanos en cuanto tales, concibiéndolos como sujetos de derecho internacional, es decir, como ciudadanos no ya sólo de su Estado sino también de comunidades supraestatales, ya sean de carácter regional, como la Unión Europea, o de carácter mundial, como la Organización de las Naciones Unidas.

Lamentablemente, hay que añadir enseguida que estos cambios se han producido sólo sobre el papel, pues no han tenido realización, a cau-

sa de la falta de voluntad de someterse al derecho, antes de las grandes potencias y hoy, sobre todo, de la única superpotencia que queda. Por lo demás, como se ha visto en los capítulos precedentes, el paradigma constitucional ha entrado en crisis o, en todo caso, permanece ampliamente irrealizado también en el interior de los ordenamientos constitucionales más avanzados. Y en la actualidad corre el riesgo de quebrar a causa de la crisis de las soberanías estatales, no compensada por la construcción de una efectiva esfera pública supraestatal.

16.3. *Las aporías de la soberanía y de la ciudadanía. Un nuevo paradigma constitucional. Dos peligros para el futuro del orden mundial*

Así pues, la historia de la soberanía está bien lejos de haber concluido. Por lo demás, también en la Carta de la ONU permanece el principio de la soberanía de los Estados. «La Organización», dice el artículo 2, «está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros», lo que comporta la prohibición de «injerencia» en las cuestiones internas de cada Estado. A lo que hay que añadir que la ciencia jurídica internacionalista, después de tres siglos de derecho internacional pacticio, todavía no ha actualizado sus categorías ni se ha liberado de cierta falta de seguridad en sí misma, casi un complejo de inferioridad científica y jurídica, que le lleva muy a menudo a infravalorar la nueva dimensión normativa del derecho internacional, plasmándola todavía hoy sobre la efectividad de las relaciones de fuerza entre los Estados, según la vieja enseñanza de Alberico Gentili y Hugo Grocio[24].

Pero es, más que nada, en el plano fáctico donde la soberanía sigue caracterizando las relaciones internacionales. El pacto de convivencia pacífica estipulado con la Carta de la ONU y con las diversas convenciones sobre derechos humanos continúa siendo un conjunto de promesas no mantenidas. El cambio de paradigma del derecho internacional que aquél implica sigue aún casi exclusivamente en el papel, pues no ha sido realizado mediante la introducción de un adecuado sistema de garantías y de las correspondientes instituciones de garantía. Por el contrario, han crecido las desigualdades y las violaciones de los derechos humanos. Y la guerra, aunque prohibida por la Carta, ha hecho su reaparición en las relaciones entre Estados, acompañada, incluso, de la pretensión de su relegitimación como instrumento de gobierno del mundo y de solución de los problemas y de las controversias internacionales. Es así como la soberanía de los Estados sobrevive de hecho como la principal aporía del actual sistema de relaciones internacionales, diferenciándose, a causa de la disparidad de las fuerzas en presencia, en soberanías concretamente desiguales: de la soberanía absoluta de la superpotencia estadounidense a las soberanías de los demás Estados, demediadas y limitadas en distintos grados.

Una aporía análoga afecta también a la ciudadanía, cuyos confines estatales han entrado en contradicción con el proclamado universalismo de los derechos fundamentales. La antinomia ha emergido dramáticamente en estos años con la explosión del fenómeno migratorio. Como se ha visto en el § 15.9, aquellos derechos fueron proclamados como «universales» sin coste alguno cuando todavía la distinción entre «hombre» y «ciudadano» no creaba ningún problema, al no ser verosímil ni previsible que los hombres y mujeres del «nuevo» mundo pudieran llegar a Europa y pedir el cumplimiento de esa palabra. Si acaso, en los pasados siglos se dio el fenómeno opuesto de la invasión y colonización del resto del mundo por parte de los conquistadores europeos, en apoyo del cual, precisamente, como he recordado, Francisco de Vitoria teorizó, hace casi cinco siglos, el *ius migrandi* y el derecho a adquirir la ciudadanía como los primeros derechos naturales. Pero hoy, cuando el universalismo de los derechos humanos, positivizado en las diversas cartas constitucionales e internacionales, es puesto a prueba con la presión ejercida sobre nuestras fronteras por masas enormes de personas hambrientas, la calidad de «persona» ya no parece suficiente como presupuesto de aquéllos e incluso estos derechos están siendo ahora calificados como «derechos de ciudadanía», según la clásica tipología de Marshall. En fin, tal ha llegado a ser de hecho su naturaleza, al estar la ciudadanía prevista en casi todos los ordenamientos como el presupuesto del derecho de acceso y de residencia en el territorio del Estado. Es así como la ciudadanía ha dejado de ser la base de la igualdad, fragmentándose, como la soberanía, en ciudadanías desiguales: desiguales dentro de nuestros países por las diferenciaciones de estatus entre ciudadanos *optimo iure*, semiciudadanos con permiso de residencia, refugiados, irregulares y clandestinos; desiguales en el exterior por el diferente valor de las diversas ciudadanías, que en los países ricos se han convertido en una fuente de exclusión y discriminación en relación con los no-ciudadanos.

De este modo, con el nacimiento de la ONU, la antinomia entre las figuras de la soberanía y de la ciudadanía y los vínculos normativos de la paz y de los derechos fundamentales se ha transferido del derecho interno de los Estados al derecho internacional. En efecto, tanto el principio de la soberanía externa como el nexo entre ciudadanía y derechos humanos entran en contradicción con la Carta de la ONU de 1945 y con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Es en esta aporía, todavía no resuelta, donde reside el problema más grave y difícil de la actual teoría del derecho y de la democracia. El principio de la soberanía como *potestas legibus soluta*, mientras sigue informando las relaciones de hecho entre los Estados, se ha revelado, según se dijo antes, como un principio antijurídico, que designa nada menos que un vacío de derecho, al ser su regla la ausencia de reglas, es decir, la ley del más fuerte. Además, toda la historia del derecho público moderno, que tiene su origen en el nacimiento de los Estados nacionales soberanos, puede ser leída como la historia de una larga lucha contra la soberanía, progre-

sivamente erosionada con el desarrollo y el posterior perfeccionamiento de las formas del estado de derecho, en el interior, primero, y luego en el exterior. De manera análoga, la ciudadanía, que en los orígenes del Estado moderno fue un factor de emancipación y de inclusión, en la actualidad ha entrado en contradicción con la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales, al haberse transformado en un factor de exclusión y discriminación.

Por todo ello, el cambio de paradigma del derecho internacional, aun sin trascender el plano normativo, permite leer en la soberanía y en la ciudadanía otros tantos factores de antinomias y de lagunas. De *antinomias* entre los nuevos principios normativos de paz y de justicia y la sustracción a ellos de la perdurante soberanía de los Estados, así como entre el universalismo de los derechos y el carácter siempre excluyente de las ciudadanías; de *lagunas* de garantías, al no existir técnicas garantistas capaces de asegurar efectividad al nuevo paradigma y de poner remedio a sus desmentidos y violaciones producidos a la sombra tanto de la soberanía como de la ciudadanía. Por eso, reconocer tales antinomias y lagunas en el estado actual del ordenamiento internacional y de sus relaciones con los ordenamientos estatales equivale a identificar, en esa embrionaria constitución del mundo que forman ya la Carta de la ONU y las diversas cartas supranacionales de los derechos humanos, una extensión normativa, si bien considerablemente inefectiva, del paradigma constitucional al derecho internacional. Más exactamente, quiere decir concebir las guerras, las opresiones de la libertad, las amenazas al medio ambiente, las condiciones de hambre y miseria en que viven miles de millones de seres humanos, no ya como males naturales y ni siquiera como simples injusticias, sino como violaciones jurídicas de los principios inscritos en aquellas cartas en tanto que normas vinculantes de derecho positivo. Como dice la Constitución francesa del año III ya recordada, «la declaración de los derechos contiene las obligaciones de los legisladores». Ésta es, precisamente, la sustancia del constitucionalismo internacional, estipulado normativamente pero todavía inactuado, de una parte, porque está siendo violado, y de otra, porque carece de garantías adecuadas y de instituciones de garantía.

En suma, el ordenamiento internacional puede equipararse a lo que sería un ordenamiento estatal dotado únicamente de constitución y de unas pocas instituciones sustancialmente carentes de poderes. La que antes he llamado su constitución embrionaria promete paz, seguridad, garantía de las libertades fundamentales y de los derechos sociales para todos los pueblos y los seres humanos del planeta. Y sin embargo, está destinada a una inefectividad estructural (D10.53-D10.55) por la ausencia de las que cabe llamar sus leyes de actuación. Precisamente, faltan las garantías, tanto primarias como secundarias, de los derechos proclamados. De un lado, la estipulación de una adecuada red con las prohibiciones y obligaciones correspondientes a los mismos, así como de instituciones de garantía primaria previstas para asegurar su observancia

(D12.17); de otro, la efectiva justiciabilidad de sus violaciones mediante adecuadas instituciones de garantía secundaria (D12.18).

Así, el ordenamiento internacional aparece configurado como un conjunto de lagunas, es decir, de promesas no mantenidas; como un ordenamiento cuya razón social —la paz y los derechos humanos— ha sido estipulada pero está aún casi enteramente por construir, y de cuya arquitectura hay apenas un esbozo. Ciertamente, en el plano teórico y del planeamiento, esta construcción puede beneficiarse de la experiencia acumulada en el interior de los Estados nacionales. Pero hay que precisar que no se trata de un argumento deductivo en apoyo de la posibilidad de un constitucionalismo global, por claramente falaz según las objeciones de los críticos de la llamada *domestic analogy*[25]. Es verdad que la analogía entre los dos procesos de pacificación y al mismo tiempo de civilización de los conflictos ha sido sostenida por muchos teóricos del pacifismo y del globalismo jurídico, de Kant[26] a Kelsen[27] y Bobbio[28]. Pero no representa más que una limitada confirmación inductiva de la validez de la tesis teórica según la cual el derecho es la única alternativa realista a la guerra y a la ley del más fuerte. Simplemente, nos dice que, en el caso de los Estados nacionales, esta hipótesis hobbesiana ha funcionado, en el sentido de resultar abonada por la experiencia. Pero es el argumento hobbesiano de la oposición entre derecho y guerra, entre garantía del derecho a la vida y violencia desregulada, el que tiene una racionalidad intrínseca, tanto en las relaciones entre individuos como en las que se dan entre los Estados, y que sería directamente contestado por los que rechazan como falta de realismo la perspectiva del pacifismo jurídico y del constitucionalismo global. Si acaso, quienes incurren en la falacia de la *domestic analogy* son, precisamente, los que consideran inverosímil la construcción de un derecho cosmopolita garante de la paz y de los derechos fundamentales sólo porque las «características absolutamente únicas» de la «sociedad carente de gobierno» formada por la comunidad de los Estados y «los aspectos específicos que la doble alternativa derecho/anomia y orden/anarquía presenta en el cuadro de las relaciones internacionales» no calcan los de las sociedades nacionales y de los correspondientes ordenamientos estatales[29], como si el constitucionalismo estatal fuera el único posible. Bien visto el asunto, se trata de una nueva, singular versión del monismo estatal de marca hegeliana. El derecho internacional no podría aspirar a constituirse en ordenamiento jurídico constitucional y universalmente vinculante sólo porque no tiene ni podrá tener nunca los caracteres históricos del derecho estatal, idealizado e hipostasiado como el único derecho posible, es decir, un gobierno central representativo, un pueblo dotado de identidad nacional, un sistema jerarquizado, unitario y coherente de fuentes y de normas.

Lo cierto es que lo que hoy llamamos «globalización» se caracteriza por una creciente inadecuación tanto de la política como del derecho, en paradójico contraste con las dimensiones y la gravedad de los problemas que ella misma suscita. El desarrollo de la integración económica, de los

intercambios culturales y comerciales, de las comunicaciones y los transportes no ha sido acompañado por la correlativa integración política y jurídica, sino por una crisis de las capacidades de gobierno de la política y del papel regulador del derecho. A tantas y tan solemnes promesas de igualdad y de tutela de los derechos formuladas en todas las cartas constitucionales e internacionales corresponde un aumento exponencial de las desigualdades y una creciente divergencia entre el deber ser normativo del derecho y su ser efectivo, y no la introducción de las correspondientes funciones e instituciones de garantía. Al desarrollo de fuerzas y poderes desregulados y de sus agresiones a bienes y derechos fundamentales corresponde, en vez de una ampliación y un reforzamiento de la esfera pública, la reducción de ésta en los ordenamientos internos y su casi total ausencia en el derecho internacional. Al crecimiento de la complejidad de los problemas, de las interdependencias, las asimetrías y las relaciones de poder en los ordenamientos internos y en las relaciones internacionales, corresponde una simplificación y una verticalización de los sistemas políticos y no una articulación institucional de éstos dotada de mayor complejidad. En fin, al reforzamiento de los poderes económicos y al carácter cada vez más global de su ejercicio corresponde una mayor concentración y confusión de poderes, en lugar de una mayor limitación, equilibrio y separación.

El resultado es, como haré ver en los próximos parágrafos, una sociedad internacional incivil por desregulada, una general anomia y una regresión neoabsolutista a la ley del más fuerte tanto de los Estados con mayor potencia militar como de los grandes poderes económicos transnacionales. Es claro que tal regresión se traduce en la violación masiva de los derechos humanos y por ello, en virtud del nexo entre paz y derechos vitales ilustrado en los §§ 12.9 y 12.16 (D12.21 y T12.166), en una permanente amenaza para la paz y la seguridad de todos. Por dos razones, convergentes entre sí: porque las violaciones de los derechos humanos, tanto más insoportables cuanto más contradicen sus solemnes proclamaciones, generan en las víctimas rebelión y resistencia; y porque sólo con la fuerza de las armas, es decir, con la guerra, pueden los privilegiados defender un mundo fundado en tan masivas violaciones y en una diferencia de riqueza y condiciones de vida tan espantosa. Además, como se verá más adelante, en un mundo cada vez más integrado económica y socialmente, la falta de actuación de un constitucionalismo global no sólo impide el desarrollo de una democracia cosmopolita. También genera el riesgo de trastornar por completo el entero edificio de la democracia constitucional en los propios ordenamientos estatales internos. En efecto, democracia constitucional interna y derecho internacional están hoy cada vez más estrechamente conectados debido a los efectos que produce la actual globalización sin reglas.

Así pues, será útil proceder, en la primera parte de este capítulo, a un breve inventario de estos efectos de la crisis del derecho, resultado del desarrollo de poderes globales salvajes. A tal fin distinguiré dos órdenes

de problemas, equivalentes a otros tantos peligros o flagelos planetarios que amenazan el futuro de la humanidad, ambos consecuencia de la falta de límites y vínculos a los poderes políticos y económicos.

El primer orden de problemas, que afrontaré en los §§ 16.4-16.9, es el de la paz y la seguridad internacional. En primer lugar, el provocado por la reaparición de la guerra en las relaciones internacionales como ilusorio instrumento de gobierno planetario; en segundo término, el problema del terrorismo y de los medios racionales para afrontarlo; en tercer lugar, el problema de las guerras civiles que ensangrientan sobre todo a los países pobres. Son los clásicos problemas generados por la libertad salvaje, armada ahora de medios cada vez más mortíferos de destrucción masiva, cuya solución, como siempre, sólo puede venir de la prohibición de las armas en garantía de nuevas formas de monopolio jurídico de la fuerza.

El segundo orden de problemas y de peligros, que discutiré en los §§ 16.10-16-17, es producto de la globalización y se concreta en la crisis de la democracia y del estado de derecho en todas las dimensiones, formas y contenidos analizados en los capítulos precedentes. En primer lugar, la crisis de la democracia formal, tanto política como civil, consiguiente a la pérdida de soberanía de los Estados y al debilitamiento de la correspondencia entre gobernantes y gobernados, al desarrollo de concentraciones crecientes de poderes fuera de las fronteras nacionales que no va acompañado de la correspondiente creación de una esfera pública supranacional. En segundo lugar, la crisis de la democracia sustancial, tanto liberal como social, consecuencia también de la ausencia de límites y vínculos para los nuevos poderes: la globalización del crimen organizado y de los poderes criminales; el crecimiento de las desigualdades, la pobreza, el hambre y las enfermedades, responsable de un gigantesco *apartheid* planetario y de la presión migratoria de masas enormes de seres humanos en las fronteras de los paraísos democráticos occidentales; el azote de las catástrofes ecológicas y de las agresiones al medio ambiente y a los bienes comunes provocado por un desarrollo de la economía global tan rápido y desregulado como insostenible a causa de los daños irreversibles que puede producir para todo el planeta.

En fin, en la última parte de este capítulo, esbozaré las líneas de un posible constitucionalismo internacional, articulado en las cuatro dimensiones —política, civil, liberal y social— de la democracia constitucional.

16.4. *I. La guerra. La antinomia entre guerra y derecho. La prohibición de la guerra como norma institutiva del ordenamiento internacional*

En el actual debate sobre la guerra, a menudo se tiende a confundir y a superponer dos formas de aproximación y dos criterios de valoración

diversos, el del *derecho* y el de la *justicia*. Como es obvio, se trata de dos cuestiones netamente distintas. El problema de la *ilegalidad* o de la *no legalidad* de la guerra es una cuestión jurídica, que depende de la existencia o de la inexistencia de normas de derecho positivo que la prohíban. En cambio, el problema de la *justicia* o de la *injusticia* es una cuestión moral, independiente de lo que dicen o no dicen las normas jurídicas. Una guerra puede ser no ilegal, por defecto de calificación jurídica, en ausencia de algún ordenamiento jurídico y, no obstante, ser tenida como injusta. Pero también puede ser considerada justa, como, por ejemplo, en el caso de las guerras de liberación, y ser, no obstante, ilegal como contraria al derecho. Los juicios en términos de derecho son juicios de hecho basados en las normas vigentes; los juicios en términos de justicia son juicios de valor. Y unos no son derivables de los otros.

Sin embargo, existe un nexo entre los dos problemas, que históricamente ha terminado por imponerse. He hablado hasta aquí de *ilegalidad* o *no ilegalidad* y no de *legalidad* de la guerra, de *guerra no ilegal* y no de *guerra legal*, porque «guerra legal», al menos en el léxico de esta teoría, es una contradicción en los términos. La guerra puede ser justificada con razones extrajurídicas, de tipo económico, político o incluso moral. Pero nunca podrá ser calificada de «legal» porque no lo consiente la contradicción entre derecho y guerra. En efecto, el derecho es regulación del uso de la fuerza, mientras que la guerra —al igual que la criminalidad homicida y cualquier otra forma de violencia salvaje— es violencia desregulada. Por eso, porque la única fuerza que aquí se postula como permitida por el derecho es la sujeta a reglas (P16, T8.116-T8.121), la guerra, en cuanto uso desregulado de la fuerza, está prohibida dentro de cualquier ordenamiento jurídico (P16, T8.122-T8.123). Y la paz, por contra, no es más que la expectativa del único uso de la fuerza que está previsto por el derecho como efecto de un posible ilícito, bien sea una sanción, una intervención de la policía o una legítima defensa proporcionada a la ofensa (D12.20, T12.79-T12.80). Pues el derecho es en todo caso un instrumento de paz, es decir, una técnica para la solución pacífica de las controversias y para la regulación y la limitación del uso de la fuerza. En la cultura jurídica moderna, éste se justifica como remedio al *bellum omnium*, gracias al cual se produce la superación del estado de naturaleza en el estado civil[30]. La paz es su esencia íntima, y la guerra su negación o, cuando menos, el signo y el efecto de su ausencia en las relaciones entre los hombres, la expresión, en este caso, de su carácter prejurídico y salvaje[31].

Así pues, la guerra consiste en la ausencia de derecho propia del estado de naturaleza, mientras que la paz es una construcción confiada por la razón a ese artificio que es, precisamente, el derecho, según escriben Hobbes[32] y Kant[33]. Por ello no tiene sentido hablar de *ius ad bellum* y de guerra conforme al derecho, porque la ausencia de su prohibición excluye que pueda hablarse de «ordenamiento jurídico»[34] aun en presencia de un conjunto de normas pacticias sobre las relaciones entre

Estados. En efecto, un sistema de reglas se constituye en ordenamiento jurídico en el momento en que se prohíbe la guerra en la relación entre sus destinatarios; y se disuelve como ordenamiento cuando la guerra deja de considerarse jurídicamente ilícita. En este sentido también el derecho internacional resulta constituido como ordenamiento por la prohibición de la guerra, que es, por así decir, su norma de reconocimiento o, si se quiere, su norma fundamental. En suma, si la guerra es la negación del derecho, la afirmación de éste equivale a la negación y al repudio de la guerra. Es lo sucedido con la positivización de la prohibición de la guerra en la Carta de la ONU, que ha transformado el principio de la paz, su fundamento lógico y axiológico, en fundamento jurídico del derecho internacional, del mismo modo que la positivización de los derechos fundamentales en las cartas constitucionales e internacionales de derechos humanos transformó los derechos naturales en derechos constitucionales.

Antes de la institución de la Organización de las Naciones Unidas la prohibición de la guerra era solamente un principio de razón. Ciertamente, con anterioridad a la Carta de la ONU, existían normas de derecho humanitario (no contra sino) sobre la guerra, como las establecidas por las Convenciones de la Haya, de 18 de octubre de 1907: sobre el trato a los prisioneros, contra el bombardeo de ciudades, contra las violencias sobre poblaciones civiles. Y se había intentado la construcción de un sistema de seguridad colectiva basado en la interdicción de la guerra, con la institución de la Sociedad de Naciones por obra del Tratado de paz de Versalles, de 28 de junio de 1919, luego con el Tratado de Locarno, de 16 de octubre de 1925, entre Bélgica, Francia, Alemania, Gran Bretaña e Italia, y más tarde con el Pacto de Briand-Kellog, de 27 de agosto de 1928, entre quince países[35]. Sin embargo, sólo con la institución de la ONU, coincidente ya con casi toda la comunidad internacional, este sistema adquiere la forma de un verdadero ordenamiento, gracias a la estipulación del principio de la paz como su norma suprema y positiva y de un poder de intervención a través del uso regulado de la fuerza encomendado al Consejo de Seguridad como su corolario y garantía elemental. Hasta la creación de la ONU, salvo el intento fallido de la Sociedad de Naciones, no existía una formal prohibición de la guerra, y el llamado *ius ad bellum* permanecía como el primer atributo de la soberanía estatal, al igual que ésta en contradicción con el derecho. No era, pues, posible hablar de guerras legales o de guerras ilegales. La guerra no era legal ni ilegal. Simplemente carecía de calificación jurídica, y era, por tanto, no-ilícita, por la desregulación de las relaciones entre Estados propia del estado de naturaleza.

Consecuentemente, en materia de valoración de la guerra, la cuestión de la «guerra justa»[36] fue durante siglos la única dotada de sentido. Además, esta cuestión ha sido habitualmente planteada y tratada no tanto para avalar «guerras justas» como, al contrario, para limitar o deslegitimar en el plano moral las guerras injustas[37], ante la ausencia de normas

de derecho positivo que las limitasen en el plano jurídico. Es decir, para poner a la guerra límites y frenos iusnaturalistas en el terreno de la justicia, a falta de límites positivistas en el del derecho. En tiempos en los que el recurso a la guerra era un medio ordinario de solución de las controversias internacionales, los únicos frágiles diques opuestos a la guerra fueron, precisamente, justificaciones de este tipo: las tres *iusti belli conditiones* (*iusta causa*, *auctoritas principis*, *intentio recta*) requeridas por san Agustín y santo Tomás[38], la *causa iusta inferendi bellum, iniuria acepta* formulada por Francisco de Vitoria junto con las tres *regulae beligerandi*[39], hasta la doctrina de la guerra como «sanción» de un ilícito internacional sostenida aún por Kelsen[40].

Ahora bien, todas estas justificaciones han entrado en crisis en la época contemporánea en el plano ético-político de la justicia, antes aun que en el jurídico de la legalidad. Mejor dicho, con la prohibición de la guerra por obra de la Carta de la ONU, se han archivado en el plano jurídico precisamente al haberse revelado ya inaceptables en todo caso en el de la justicia. Y esto porque el fenómeno de la «guerra» contemporánea, a causa de los terribles medios destructivos creados por la tecnología militar, ha cambiado de naturaleza con respecto a las guerras tradicionales, para las que se concibió la idea de la guerra «justa». Las viejas guerras, todavía hasta el siglo XVIII, eran enfrentamientos circunscritos entre ejércitos profesionales que se confrontaban en campo abierto bajo la guía directa de sus reyes y generales y a los que la población civil habitualmente permanecía ajena. Y, aun cuando pudieran estar animadas por una voluntad de aniquilamiento, encontraban, por intensidad y por extensión, los límites objetivos de la naturaleza primitiva de los medios militares.

La guerra actual es algo bien distinto. No sólo la atómica, sino también la convencional, que se desarrolla con misiles y bombardeos sobre ciudades y que, por su naturaleza, es un instrumento de destrucción desmedida que se abate en particular sobre las poblaciones civiles. Prueba de ello es el crecimiento exponencial de los porcentajes de víctimas civiles en las guerras de este siglo: del 20% en la primera guerra mundial, al 50% en la segunda, al 80% en los sucesivos conflictos, hasta las cuatro últimas guerras, que sólo han producido pérdidas entre los agredidos, con preferencia poblaciones civiles, a excepción de algunas accidentales entre los agresores. Hablar de estas guerras como de «guerras justas», «legítimas», «éticas» o «humanitarias» equivale a hablar de «estragos justos», «carnicerías legítimas» o de «masacres éticas» o «humanitarias». Ni siquiera puede utilizarse para ellas el viejo paradigma de la guerra como sanción. Sobre todo porque tales guerras, al golpear inevitablemente también a las poblaciones civiles, son sanciones infligidas a inocentes, en contraste con el elemental principio de la responsabilidad personal y de la exclusión de la responsabilidad por hechos ajenos (D10.36, T10.193), sostenido ya por Hobbes[41]. En segundo lugar, porque la sanción supone, en todo caso, la formal determinación jurisdiccional del ilícito (D10.35,

T10.200, D10.34), al contrario de lo que sucede con la guerra. En tercer lugar, porque la guerra ha llegado a ser desmesurada e incontrolable, sujeta a inevitable escalada hasta la destrucción del adversario y, como tal, desproporcionada respecto de cualquier violación. Al ser los actuales armamentos capaces de destruir a la humanidad varias veces, la guerra entre grandes potencias se ha convertido en insensata (aunque no en imposible, por desgracia), ya que cada una de ellas puede destruir a cualquier agresor. Pero, por la misma razón, la guerra entre grandes potencias y los demás Estados ha alcanzado un grado de asimetría tal que le confiere connotaciones puramente terroristas y hace que se convierta inevitablemente en una inmensa masacre de las poblaciones agredidas.

En suma, la guerra actual, por sus características ilimitadamente destructivas, no admite ninguna justificación moral o política. Tras las grandes masacres del siglo pasado, se ha convertido en un mal absoluto, con respecto al cual los viejos *límites iusnaturalistas* impuestos por el paradigma de la guerra justa se han hecho insuficientes, al resultar desbordados todos los *límites naturales* por sus ahora ya ilimitadas capacidades destructivas. Aquélla es, por naturaleza, regresión al estado salvaje del *homo homini lupus*. Con la diferencia de que la sociedad salvaje de los Estados no es una sociedad de hombres o lobos naturales, sino la sociedad de esos «hombres artificiales», como los llamó Hobbes, que son los Estados, creados por los hombres para la tutela de sus derechos y que hoy tienen el riesgo de escapar a su control y levantarse contra sus creadores como máquinas o *lobos artificiales* virtualmente capaces de destruirlos. Esta conciencia de la absoluta ausencia de justificación moral de la guerra actual fue la que inspiró la Carta de la ONU y después la Constitución italiana, escritas en el mismo clima cultural y político surgidos al concluir la segunda guerra mundial y unidas por el mismo esquema normativo y casi por el uso de las mismas palabras: la prohibición de la «amenaza» y del «uso de la fuerza» y el repudio de la guerra como medio para «resolver las controversias internacionales» (arts. 2.3 y 4 de la Carta de la ONU y art. 11 de la Constitución italiana), excepción hecha de la «defensa» de agresiones externas, admitida por ambas y no calificable, en rigor, como «guerra» sino como legítima defensa frente a la guerra.

De este modo, el derecho internacional ha cambiado de naturaleza porque ha cambiado la naturaleza de la guerra. Al prohibir jurídicamente la guerra, por ser moralmente injustificable, la Carta de la ONU y, por lo que a Italia se refiere, la Constitución republicana, han puesto fin a la cuestión de la justicia o la injusticia de la guerra —sea cual fuere— con la afirmación de su ilegalidad en todo caso. Éste es, por lo demás, el valor garantista del derecho positivo. La prohibición jurídica de la guerra ha transformado el principio de la paz en derecho cierto y vigente, anclado en normas positivas sin el carácter de opinable que es propio de los juicios de valor en tema de justicia. Es por lo que ha cambiado la naturaleza del sistema de las relaciones internacionales, que, como se ha dicho

en el § 16.1, ya no tiene la consideración de mero conjunto de pactos bilaterales entre Estados soberanos, sino de verdadero ordenamiento jurídico supraestatal al que están sometidos todos los Estados que se han adherido a él. Así, la positivización ha explicitado y formalizado el papel de aquella prohibición como criterio de distinción entre derecho y no derecho y como norma institutiva de reconocimiento de todo orden jurídico. Del derecho interno, que prohíbe y castiga jurídicamente la realización de la justicia por propia mano y la venganza privada, admitidas en cambio en la sociedad desregulada propia del estado de naturaleza; del derecho internacional, que repudia la guerra y con ella la ilimitada soberanía de los Estados que tenía su principal rasgo caracterizador en el *ius ad bellum*, equivalente internacional de la libertad salvaje del estado de naturaleza[42].

16.5. *Guerra y uso legítimo de la fuerza. La ilegitimidad de las «nuevas guerras»*

La prohibición de la guerra constituye, pues, la norma fundamental, la *Grundnorm* del derecho internacional, cuya introducción —de forma análoga a la de la prohibición de la venganza y de la de tomarse la justicia por propia mano— marca el paso de la comunidad de los Estados del estado de naturaleza al estado civil. Además, es evidente que el pacifismo jurídico, que tiene su fundamento en aquélla, como se dijo en el § 12.9, no excluye del todo el uso legítimo de la fuerza por parte de una autoridad constituida, como medida extrema dirigida, según dice el artículo 39 de la Carta de la ONU a «mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales». Al contrario, la prohibición lo implica necesariamente como su propia garantía secundaria, junto con la legitimidad de la autodefensa, al resultar imposible, en su defecto, asegurar la observancia de la misma y con ello el mantenimiento de la paz (D12.20). Se trata de la misma implicación, ilustrada en el § 15.10, a propósito del derecho penal mínimo, que en los ordenamientos internos liga la prohibición y la prevención de los delitos al monopolio estatal de la fuerza y a la legítima defensa, uno y otra implicados por la prohibición de la violencia privada en la vida civil, como sus específicas garantías secundarias (T8.120-T8.121, T12.79, T12.80).

Precisamente, estos dos usos legítimos de la fuerza —«la acción coercitiva internacional» y «el derecho natural de autotutela»— son las alternativas a la guerra y, a la vez, las garantías de su interdicción previstas en el capítulo VII de la Carta de la ONU. Pero es claro que entre guerra y uso legítimo de la fuerza en las dos formas aludidas existe una diferencia radical, que no puede ser ocultada, como se ha hecho a menudo, bajo un simple juego de palabras: llamando «acciones coercitivas», «operaciones de policía internacional» o «legítima defensa preventiva» a lo que tiene todas las características empíricas de la guerra[43].

Es del todo clara la diferencia entre «guerra de agresión» y «autotutela» o «legítima defensa». El «derecho natural de autotutela individual o colectiva», según el artículo 51 de la Carta de la ONU, entra en juego «en caso de ataque armado», es decir, para afrontarlo o rechazarlo. En suma, para que pueda hablarse de legítima defensa y no de represalia, debe hallarse en curso un acto de agresión armada. Por ello, es extraña y contraria a la Carta de la ONU la figura de la «legítima defensa preventiva», utilizada por la administración estadounidense en apoyo de la segunda guerra contra Irak; constituye, de la forma más evidente, una contradicción en los términos, con la que el agresor se transforma en agredido y el agredido en agresor.

Es más difícil trazar con exactitud la frontera entre la guerra y la «acción coercitiva», encomendada en el capítulo VII de la Carta de la ONU al Consejo de Seguridad; incluso porque el artículo 42 de la Carta, a propósito de la acción «necesaria para mantener o restablecer la paz», habla de un empleo de «fuerzas aéreas, navales o terrestres». Sin embargo, la línea de separación existe, y no puede ser ignorada sin que ello implique la demolición de los fundamentos del nuevo orden internacional diseñado por la Carta. Existe en el plano sustancial de la naturaleza de la fuerza ejercida. Y existe en el plano de las formas y de los sujetos habilitados para ejercerla, no menos esencial en esta materia.

La adecuación y la proporción entre medio y fin es el rasgo sustancial que distingue la guerra de la «acción coercitiva» disciplinada por la Carta. La guerra es por su naturaleza un uso de la fuerza desmedido e incontrolado, dirigido a la aniquilación del adversario y, en su versión actual, destinado inevitablemente a golpear a las poblaciones civiles. En cambio, la acción coercitiva mediante el empleo legítimo de la fuerza es sólo la limitada, controlada y estrictamente necesaria, no para vencer, sino únicamente «para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacional». La diferencia entre las dos cosas se manifiesta en dos elementos: la tutela del inocente y la no instrumentalización de la coerción para fines o intereses de parte, ambas aseguradas por el uso legítimo de la fuerza, pero no por la guerra. Que es la misma diferencia que existe entre pena y venganza, entre derecho y realización de la justicia por propia mano: uno es negación de la otra, y por tal negación se define[44].

Existe un segundo criterio diferencial, de carácter formal, entre guerra y legítima acción coercitiva, íntimamente conectado con el primero. Según los artículos 39-42 de la Carta, el uso de la fuerza en que la segunda consiste debe ser subordinado, como *extrema ratio*, a la puesta en práctica sin éxito, por parte del Consejo de Seguridad, de todos los remedios pacíficos idóneos para restablecer la paz. De las «medidas» y las «recomendaciones» previstas en los artículos 39-40 a las presiones diplomáticas y las sanciones económicas previstas en el artículo 41. Sobre todo, en fin, no sólo la decisión sino también la «dirección estratégica» de la intervención están reservadas, por los artículos 47, 48 y 53, al Consejo de Seguridad, que por ello no puede delegar la gestión en uno o

más Estados miembros, sino que, por el contrario, debe mantener constantemente el control, decidiendo los medios a emplear, el comienzo y el final de las operaciones y las modalidades de todas las fases intermedias. Y esto, precisamente, para impedir que la intervención pudiera degenerar en una guerra y ser utilizada para sus propios fines por los Estados encargados de ponerla en práctica.

Por otro lado, en la idea corriente, que ha ido afirmándose desde la primera guerra contra Irak de 1991, de que la guerra puede ser legitimada por la «autorización de la ONU», identificada evidentemente con el Consejo de Seguridad, se ha revelado de manera clamorosa la confusión de la ONU como ordenamiento jurídico y la ONU como órgano del ordenamiento de las Naciones Unidas, sometido a aquél. Precisamente, la confusión antinormativista y antropomórfica aquí excluida por la oposición entre 'ordenamiento' y 'sujeto jurídico', formulada en los §§ 8.13, de nuestras tesis D8.15, T8.110-T8.115 y T11.158-T11.159. Por el contrario, el Consejo de Seguridad no se identifica en modo alguno con la ONU como ordenamiento, del que es el órgano de gobierno, obviamente sometido a su Carta estatutaria, que establece sus competencias, presupuestos y modalidades de intervención. Por eso no es un soberano absoluto desvinculado del derecho. Ni, por consiguiente, puede «aprobar» o «autorizar» la guerra, sin cometer él mismo un ilícito internacional y dejar de cumplir sus funciones institucionales. Sólo puede disponer la acción coercitiva prevista y disciplinada en el capítulo VII de la Carta, manteniendo constantemente su «dirección», cuando se den las condiciones normativamente previstas.

Naturalmente, la guerra puede aparecer más resolutiva que el uso regulado de la fuerza bajo el control de la ONU. Pero es precisamente aquí donde reside la diferencia fundamental entre ambas. El derecho —es decir, la negociación paciente, seguida, en su caso, del embargo y luego del empleo limitado y controlado de la fuerza, con sus presupuestos, sus formas y sus límites— es por su naturaleza un medio más costoso, lento y difícil que el uso desregulado de la fuerza, o sea, la guerra. Y entre sus costes se halla siempre el riesgo de cierta inefectividad. Nadie sostendría que el derecho penal interno sea siempre efectivo o capaz de erradicar definitivamente la criminalidad. Pero nadie piensa que para debelar la criminalidad, aun cuando sea organizada y armada, resulte lícito el empleo de cualquier medio, como la tortura y los bombardeos de las localidades mafiosas, el fusilamiento de los sospechosos; o que para abortar el robo de un banco la policía pueda intervenir con bombas y carros armados y provocar una catástrofe.

Si todo esto es cierto, ninguna de las cuatro guerras desencadenadas por Occidente en los últimos quince años —las «nuevas guerras», como las ha llamado Mary Kaldor, o las «guerras globales» como las califican Carlo Galli y Danilo Zolo[45]— ha sido jurídicamente legítima[46]. Ninguna de ellas puede considerarse ejercicio del «derecho natural de autotutela», pues todas se emprendieron no, ciertamente, en la inmediatez de un

«ataque armado», sino después de que el Consejo de Seguridad hubiera tomado ya (y no «hasta tanto que» él «haya tomado», como requiere el art. 51 de la Carta) «las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacional». Por otra parte, ninguna de estas guerras consistió en la «acción coercitiva» prevista en el artículo 45. Por el contrario, todas fueron guerras verdaderas y propias, contrarias a la Carta de la ONU en la forma y en la sustancia. Lo fue también la primera guerra contra Irak, en 1991, asimismo autorizada por el Consejo de Seguridad con el argumento de la necesidad de poner fin a la ilícita ocupación iraquí de Kuwait[47]. En efecto, ciertamente no se desarrolló bajo la dirección estratégica del Consejo; con el resultado de que en ella se causó la muerte de decenas de millares de civiles inocentes, Bagdad y Basora sufrieron horribles bombardeos, decenas de miles de soldados iraquíes en fuga fueron masacrados incluso ya después de la liberación de Kuwait y los kurdos quedaron abandonados a la feroz represión del dictador derrotado.

Más claramente ilegítimas aún han sido las otras guerras de estos últimos años, que, no por casualidad, al no poder legitimarse por su conformidad con el derecho, han obligado a recurrir a una exhumación de la doctrina premoderna de la «guerra justa» y de sus «justas causas» o finalidades: la tutela de los derechos humanos en la «guerra humanitaria» de la OTAN contra la Federación Yugoslava[48]; la lucha contra el terrorismo en la «guerra infinita» iniciada en Afganistán y proseguida el año siguiente en Irak[49]. La refutación dramática de tales justificaciones la ha aportado el fracaso de todas estas guerras en relación con las finalidades declaradas.

La primera justificación —la de la guerra como instrumento de garantía de los derechos, no importa si en llamativo contraste con el derecho— expresa una absurda contraposición entre derechos y derecho, entre la sustancia y las formas de la tutela de los derechos humanos. Como si las formas fueran procedimientos vacíos y no las técnicas de garantía de los derechos, y el derecho no fuese el sistema de reglas indispensables para impedir, o al menos minimizar, la violencia arbitraria y con ello asegurar toda pacífica y civil convivencia, tanto estatal como interestatal. En efecto, la guerra es regresión al estado de naturaleza y violación masiva de los derechos humanos, antes que ningún otro derecho a la vida de todas las personas implicadas en ella.

Es lo sucedido en la guerra por Kosovo, desencadenada sin haber tratado antes y menos aún, por tanto, una vez agotada cualquier tentativa razonable de solución pacífica, y que desembocó en una catástrofe humanitaria: el éxodo masivo de poblaciones enteras, los bombardeos sobre convoyes de prófugos, la matanza de millares de inocentes, tanto serbios como kosovares, la destrucción de todas las infraestructuras productivas del país agredido, y la subsiguiente sustitución de la opresión de los albaneses por la minoría serbia. En contra del dilema «guerra o Auschwitz» insensatamente propuesto en apoyo de esa guerra, los peores crímenes contra la humanidad han sido ocasionados siempre por la

guerra, que por eso no es una alternativa sino la antesala de Auschwitz. A lo que hay que añadir que esta ruptura del nexo entre derecho y derechos, que se expresa en la idea de que los derechos pueden ser tutelados con medios antijurídicos e incluso con la guerra que es su negación, es el síntoma de un nuevo fundamentalismo, que crea el riesgo de oponer el Occidente de los derechos al resto del mundo y de reproducir la misma obsesión identitaria que es propia de las guerras étnicas: de un lado Occidente, del otro el mundo restante al que se pretende imponer los «valores occidentales» por medio de la violencia. Es, por lo demás, el mismo discurso que cabe hacer sobre la pretensión de exportar la democracia, avanzada como argumento póstumo en apoyo de la segunda guerra contra Irak después de que se hubieran revelado infundadas las primeras justificaciones, es decir, la presencia en el país de armas de destrucción masiva y la colusión entre el régimen iraquí y las organizaciones terroristas. Es verdad que Occidente ha justificado siempre sus guerras —sus cruzadas, conquistas y colonizaciones— en nombre de los propios valores, antes como misiones de evangelización, ahora como misiones de civilización. Pero esta vez la contradicción es mucho más visible, dado que los valores invocados —los derechos humanos en Kosovo, la democracia en Irak— exigen, por su naturaleza, las formas jurídicas y excluyen la guerra, que los pone en riesgo de ser descalificados como el último engaño de Occidente.

Por otro lado, todavía más insensata y fraudulenta se ha revelado la idea, sostenida con ocasión de la guerra de Afganistán y de la segunda guerra contra Irak, de que la guerra puede servir para combatir el terrorismo, que, muy al contrario, resulta reforzado y alimentado por ella. La incongruencia del medio con respecto al fin es aquí radical. En efecto, el terrorismo es un fenómeno criminal que, como tal, puede ser reconocido y neutralizado sólo si se lee y afronta con las categorías y con los instrumentos del derecho penal, y no con la guerra, simétrica al terrorismo y opuesta como él a la lógica del derecho. Si se quiere comprender, más allá de su ilegalidad, la profunda irracionalidad de la guerra como instrumento de lucha contra el terrorismo, hay que detenerse ahora en esta asimetría entre terrorismo y guerra y en la que existe entre terrorismo y derecho.

16.6. *Deformaciones del lenguaje. La asimetría entre terrorismo y derecho*

Para comprender esta inidoneidad de la guerra, más allá de su ilicitud, para derrotar al terrorismo, es necesario aclarar antes los términos de la cuestión: qué se entiende por «guerra» y qué por «terrorismo». Pues el curso de la relegitimación de la guerra en el sentido común ha constituido una deformación radical del significado tradicional de estas palabras. De ahí la necesidad de un control de nuestro lenguaje como presupuesto

de cualquier discurso sobre la guerra y, sobre todo, de cualquier respuesta racional a las agresiones terroristas. ¿Los atentados del 11 de septiembre de 2001 fueron un acto de «guerra» o un acto de «terrorismo»? ¿Se trató de una agresión bélica, y no sobre todo de un crimen, que es como siempre se ha calificado a los actos terroristas, y, en este caso, de un crimen contra la humanidad? Pues las guerras las hacen los Estados, suponen fronteras y territorios, ejércitos regulares y enemigos ciertos y reconocibles. Y, al contrario, los ataques terroristas son emboscadas cometidas por organizaciones ramificadas y clandestinas.

Se comprende entonces la importancia de distinguir, con pedantería analítica, entre lo que convenimos llamar «guerra» y lo que entendemos por «terrorismo». Porque las respuestas que nuestra propia civilidad jurídica ha dado y reclama en relación con los dos fenómenos son no sólo diversas sino antagónicas. Para repeler y neutralizar un acto de guerra se responde con la guerra de defensa y con la movilización general contra el Estado agresor. A un crimen, aunque sea gravísimo, se responde con el derecho penal, es decir, con el castigo, también severísimo, de los culpables; no con ejércitos y bombardeos, sino con la policía y, por tanto, antes de nada, con los esfuerzos y las capacidades de investigación dirigidas a descubrir a los culpables y a neutralizar la compleja red de complicidades que les dieron y siguen dándoles apoyo. Ahora bien, es claro que los atentados del 11 de septiembre no fueron un acto de guerra, al ser la guerra, según la clásica definición de Alberico Gentili, una *publicorum armorum contentio*[50], es decir, un conflicto entre Estados, más precisamente entre ejércitos públicos, consistentes en fuerzas estatales reconocibles como tales; mientras que el terrorismo es una violencia dirigida a sembrar terror entre víctimas inocentes, no, ciertamente, por obra de una fuerza «pública», sino de organizaciones ocultas, que operan en la clandestinidad.

En cambio, a ese terrible atentado se respondió con la guerra, precisamente porque fue calificado como acto no sólo terrorista sino también de «guerra». Y la guerra ha golpeado, como está en su lógica, a decenas de millares de víctimas inocentes, desencadenando ulteriores odios, violencias y fanatismos. Ahora hemos de preguntarnos si la respuesta de la guerra, presentada como signo de firmeza, no ha sido realmente un signo de debilidad y un acto de abdicación de la razón, y no sólo del derecho; si no es justamente la guerra, y, con ella, la espiral incontenible de la violencia y la derrota del derecho y de la razón, lo que los terroristas persiguen como su principal objetivo estratégico; si, al contrario, no es, precisamente, la respuesta del derecho y no la guerra la dotada de la máxima eficacia y valor simbólico para los fines de aislamiento y derrota del terrorismo.

En efecto, es evidente que el terrorismo internacional, al consistir en una red de organizaciones clandestinas ramificadas en decenas de países, sólo puede ser afrontado y golpeado por una red de fuerzas policiales, es decir, con operaciones de policía dirigidas a identificar a los jefes, las

estructuras, las fuentes de financiación y las complicidades. Además, tras el 11 de septiembre y gracias a la general solidaridad surgida entonces en torno a Estados Unidos, habría sido posible una movilización de las policías y los servicios secretos de medio mundo a fin de capturar a los culpables y para identificar las redes de sus acólitos; sin el clamor y la espectacularidad de la guerra, pero, en cambio, con los medios mucho más eficaces del secreto, la coordinación de las investigaciones, el paciente descubrimiento del mapa de las organizaciones terroristas, su aislamiento político y, obviamente, un empleo de la fuerza dirigido a desarmar a sus componentes y entregarlos a la justicia. Con ello, habría crecido a escala mundial la credibilidad de Occidente y de los Estados Unidos. Y, sobre estas bases, no habría sido difícil conseguir además la caída pacífica del régimen talibán, que, como se sabe, se mantenía únicamente con las ayudas económicas y militares de Pakistán e incluso del régimen de Sadam Hussein. Si hubieran prevalecido la paciencia y la razón, con toda seguridad el terrorismo estaría hoy bastante más aislado y sería más vulnerable.

Pero la guerra, con sus inútiles devastaciones, sólo puede agravar, cual gasolina en el fuego, los problemas que pretende resolver. Puede satisfacer la sed de venganza, además en perjuicio de víctimas inocentes. Puede galvanizar y movilizar a las opiniones públicas y ofrecer un ocasional apoyo a las políticas de emergencia de los gobiernos. Pero, ciertamente, no sirve para golpear en los miles de cabezas de las organizaciones terroristas, sino que, por el contrario, tiene la consecuencia de reforzarlas. En efecto, el objetivo de todo terrorismo es precisamente la provocación de la guerra, dado que él mismo se propone, simétricamente, como guerra y como tal quiere ser reconocido. Por eso la respuesta al terrorismo será tanto más eficaz cuanto más *asimétrica* sea, cuanto menos se eleve al terrorismo a la categoría de Estado beligerante, cuando sus agresiones sean reconocidas como crímenes y no como actos de guerra; cuanto menos se le responda con la lógica primitiva de la guerra, simétrica a la del terrorismo porque también ella misma está inevitablemente dirigida contra personas inocentes, y se opone, al igual que el terrorismo, a la lógica del derecho. Pues es cierto que el terrorismo es un fenómeno político que debe ser entendido y afrontado también y, sobre todo, políticamente. Pero es, precisamente, en la asimetría convencionalmente establecida en relación con él por su calificación jurídica de «crimen» —violencia privada aunque transnacional, al igual que la piratería y no violencia pública, como la pena y la intervención de la policía— donde radica el secreto de su debilitamiento y aislamiento y por ello del papel del derecho como factor de paz y civilización, instrumento, precisamente, del paso del estado de guerra al estado de derecho, de la sociedad salvaje a la sociedad civil[51].

Menos aún puede ser la guerra un instrumento para mantener el orden internacional, como se ha pretendido en los documentos estratégicos de la administración del presidente George W. Bush[52]. No es casual

que la guerra preventiva al terrorismo haya sido caracterizada en tales documentos como «infinita». Pues, a diferencia de las guerras en sentido propio, que concluyen siempre con la derrota de uno de los Estados contendientes y de este modo con la paz, una guerra preventiva a una violencia privada como el terrorismo acaba inevitablemente por hacerse permanente, por lo que la idea de una seguridad absoluta perseguida, no con la prevención y la represión penal, sino con la definitiva derrota de la criminalidad y con la extirpación del mal, es una peligrosa ilusión totalitaria. Esto equivale a plantear una regresión planetaria de las relaciones internacionales al infinito *bellum omnium* propio del estado pre-civil y salvaje, cuando en el ciclo de la violencia no se había interpuesto todavía la intervención asimétrica del derecho como instrumento de civilización de los conflictos mediante la prohibición, como delitos, de la venganza y la represalia.

En efecto, terrorismo y guerra se alimentan recíprocamente. Ni la guerra podrá jamás derrotar al terrorismo, ni éste podrá nunca acabar con la guerra. Más bien, uno y otra tienden a asemejarse como violencias indiscriminadas que golpean y aterrorizan a los inocentes. Sólo la intervención del derecho puede interrumpir la espiral. En efecto, pues las violencias terroristas —los atentados, asesinatos, secuestros, decapitaciones de personas inocentes— son identificables y reconocibles como crímenes y como tales susceptibles de ser desactivados políticamente y deslegitimados jurídicamente, siempre que los Estados reaccionen con los instrumentos del derecho; es decir, con la determinación de las responsabilidades, a través de las garantías del debido proceso, y con la aplicación de las penas previstas en la ley. Es en esta asimetría, asegurada, precisamente, por las formas jurídicas, donde reside, repito, la diferencia —más bien la antinomia y la contraposición— no sólo entre derecho y guerra, sino también entre derecho y terrorismo, y la capacidad de descalificación y neutralización del segundo por obra del primero. La causa profunda del fracaso de la guerra «preventiva» está en la abolición de esta asimetría entre Estado y terrorismo, entre la reacción legal a la violencia criminal y la criminalidad misma. La respuesta de la guerra ilegal y a su vez terrorista, al anular la asimetría entre instituciones públicas y organizaciones terroristas, ha privado a las primeras de su mayor fuerza política, degradándolas al nivel de las segundas o, lo que es igual, elevando a éstas a la altura de las primeras como Estados enemigos y beligerantes. Es prueba de ello el hecho de que el terrorismo no fue debelado por la guerra de Afganistán ni por la desencadenada contra Irak, a las que sobrevivieron sus principales jefes y responsables, comenzando por Osama Bin Laden. En todos estos casos la guerra —más allá del derrocamiento de odiosos regímenes totalitarios, no suficiente por cierto para justificarla— ha consistido en el castigo de decenas de miles de personas, por una suerte de responsabilidad colectiva, en oposición al principio kantiano según el cual ninguna persona puede ser usada para fines ajenos. Ha consolidado las bases del consenso y la capacidad

de reclutamiento del terrorismo, incrementando la inseguridad a la vez que el antiamericanismo en todo el mundo. Ha promovido, en fin, en los países occidentales restricciones masivas de las libertades fundamentales, un panoptismo global y una verticalización de los poderes decisionales, cada vez más protegidos por el secreto sobre cuestiones vitales para el futuro de la humanidad en su conjunto.

De este modo, la ilicitud de la guerra se ha manifestado como el reflejo de su inidoneidad como «medio» en relación con cualquier fin presentado como su «justa causa». Esta irracional incongruencia no es casual. Es la trágica confirmación del nexo indisoluble que liga derecho y razón, legalidad y seguridad, medios y fines, formas y sustancia de los instrumentos de tutela de los débiles frente a la ley del más fuerte, incluidos los coercitivos. Más en general, es la consecuencia de la antinomia entre guerra y derecho enunciada por Hobbes en los orígenes de la cultura jurídica moderna: la guerra es la negación del derecho y del primero y más importante de los derechos, el derecho a la vida, del mismo modo que el derecho, al margen del cual no es concebible ninguna tutela de los derechos y ninguna función de prevención y represión de los delitos, es la negación de la guerra. Y es, precisamente, en esta negación donde reside la principal eficacia disuasoria del derecho, cuya potencia no consiste en la fuerza bruta y menos todavía en la fuerza militar de la guerra, homóloga a la del terrorismo, sino al contrario, repito, en la asimetría y en la antinomia de sus formas garantistas con una y otra.

Por lo demás, la pérdida de la asimetría entre terrorismo y derecho y la deformación del lenguaje de la política no se han manifestado solamente en la relegitimación de la guerra como lucha contra el terrorismo y, paradójicamente, del terrorismo mismo como guerra, sino, de manera más general, en una simplificación maniquea de la política, bajo la enseña de la dicotomía amigo/enemigo. No sólo la guerra, también las violencias ejercidas por los vencedores en los territorios ocupados —torturas, saqueos, secuestros, desapariciones de personas— han sido llamadas «lucha contra el terrorismo»; mientras que todo lo que contrasta con los métodos de esta lucha ha sido etiquetado y descalificado como «terrorismo» y como alianza o connivencia con el terrorismo. Es una distorsión del lenguaje, síntoma amenazador de un posible totalitarismo internacional justificado por una suerte de estado de sitio global y permanente. En efecto, parece que en el momento en que los fenómenos que deberíamos entender y afrontar se hacen más complejos, nuestro lenguaje y nuestras categorías, en lugar de adquirir a su vez mayor complejidad y matización, se simplifican y se confunden, hasta alcanzar la extrema simplificación en la oposición elemental del «Bien» contra el «Mal»: ayer el comunismo, hoy el terrorismo. Además, la simplificación ha operado siempre como factor de autolegitimación a través de la figura del enemigo: del enemigo exterior, para legitimar la guerra externa, preventiva y virtualmente permanente, y del enemigo interior, sospechoso de connivencias con aquél, para legitimar medidas de emergencia y restrictivas de

las libertades fundamentales de todos. Es el esquema schmittiano de la oposición amigo/enemigo, que se ha impuesto sobre todo en los Estados Unidos; un esquema que, sin embargo, no es el paradigma de la política, sino de la guerra, que es la negación de toda política racional tanto en las relaciones internacionales como en las internas, plano éste en el que, no por casualidad, termina por secundar la disolución del Estado de derecho en nombre de la emergencia, mediante la difusión del miedo y la exigencia de lealtades incondicionales y un consenso apriorístico a todo arbitrio y abuso.

16.7. *Fundamentalismo occidental. El «derecho penal del enemigo»*

Esta simplificación se asienta en una tendencial degeneración fundamentalista de nuestras democracias. Ya se ha visto que la guerra actual ha asumido connotaciones terroristas, manifestándose cada vez más abiertamente como exterminio masivo que golpea sobre todo a poblaciones inermes. Su inmoralidad y su ilegalidad son así tan radicales que, después de su solemne rechazo como «flagelo» en la Carta de la ONU y en muchas constituciones nacionales, sólo ha podido ser relanzada en estos años en nombre de una moral absoluta, signo de un nuevo fundamentalismo, opuesto pero simétrico al que anima al terrorismo. Desde este punto de vista, parece asistirse a un retorno a las viejas guerras de religión. No es casual que a esta visión maniquea —el «choque de civilizaciones», de que ha hablado Samuel Huntington— corresponda la contraposición al fundamentalismo islámico no de los principios del laicismo y de la tolerancia, sino de la religión cristiana, relanzada como factor de identidad de Occidente.

De ahí las repetidas apelaciones a Dios de los «teo-cons» americanos y los insostenibles oxímoros con los que se ha exhumado y rebautizado la antigua categoría de la *guerra justa*: «guerra ética», «humanitaria» o «en defensa de los derechos humanos», como en Kosovo, o «para la tutela de la seguridad internacional», de la democracia y hasta de la paz, como en Irak. A la autoidentificación con el Bien en la lucha contra el Mal se asocian, por otra parte, dos rasgos característicos del fundamentalismo, la idea ético-cognoscitivista según la cual el Bien es también lo Verdadero, que por eso no tolera dudas y desacuerdos, y a la vez el principio de que el fin justifica los medios, incluida paradójicamente la mentira, como sucedió con la falsa acusación contra el régimen iraquí, en apoyo de la última guerra, de que el mismo estaba en colusión con el terrorismo y poseía armas de destrucción masiva. Es, pues, evidente que las apelaciones ético-religiosas —a los valores de Occidente y a la lucha del Bien contra el Mal— sirven de forma óptima para cubrir los verdaderos intereses en juego, los de una economía depredadora y, por otro lado, de un poder militar y político que no toleran reglas, límites ni controles.

Naturalmente, justo la pretensión de encarnar el bien y lo verdadero frente al mal tiene por efecto la incomprensión de la realidad del terrorismo y una representación del mismo simplificada y maniquea. Expresiones genéricas como «terrorismo», «yihad islámica mundial» y similares han asumido en el lenguaje político significados indeterminados, idóneos para unir las formas más diversas de fanatismo, con origen en diferentes contextos y movimientos —religiosos, nacionalistas o simplemente políticos—, a cualquier tipo de resistencia y de oposición. Pero, precisamente, este carácter genérico del lenguaje, que asimila fenómenos heterogéneos bajo una única etiqueta, crea el riesgo de favorecer la alianza entre los diversos terrorismos y a la vez de hacer imposible, por la simplificación maniquea, cualquier conocimiento del fenómeno que se intenta combatir. Todo el mundo árabe, o al menos sus manifestaciones políticas de rechazo de Occidente, resultan así consideradas como el terreno de cultivo del terrorismo. Mientras que el fenómeno terrorista, por su parte, aparece concebido como una entidad unitaria —Al Qaeda, con un único jefe, Osama Bin Laden— tras la cual estaría cada vez un Estado diverso a agredir y destruir, ayer Afganistán, hoy Irak, mañana Irán. Es obvio que estas imágenes no tienen nada que ver con la realidad. El terrorismo islámico está formado por grupos diversos y dispares, repartidos de diversas maneras en Irak, Chechenia, Egipto, Indonesia y en Europa. A veces relacionados entre sí, pero cada uno con historias, identidades y motivaciones diversas, que sólo los bombardeos y los carros armados, y, por otro lado, la pobreza y la ignorancia, pueden unir bajo la enseña de un odio generalizado a Occidente. Por ello, debería ser afrontado, a corto plazo, con investigaciones policiales diferenciadas y, a largo plazo, promoviendo el desarrollo económico y cultural, y nunca con la guerra.

Hay, en fin, una última mistificación lingüística que sigue a la confusión entre atentados terroristas y guerra, unos como actos de guerra, la otra como lucha institucional contra el terrorismo. Se trata de la calificación del enemigo como criminal y del criminal como enemigo; en síntesis, la criminalización del enemigo y la militarización de la justicia. En el § 16.12 volveré sobre esta operación. Aquí me limito a señalar el profundo racismo que se ha manifestado en la legislación antiterrorista americana y en los horrores de Guantánamo y de Abu Grhaib. A los llamados «enemigos combatientes» no se les aplican ni las Convenciones de Ginebra sobre el trato de los prisioneros de guerra ni las garantías del correcto proceso para el imputado. Este racismo institucional, que ya se ha visto en la legislación contra la inmigración, se manifiesta en una antropología de la desigualdad, marcada por el carácter tipológicamente criminal, loco y/o inhumano asociado al enemigo y, de este modo, por una nueva, radical asimetría entre «nosotros» y «ellos». Basta pensar en las víctimas de la guerra y del terrorismo: conocemos por sus nombres a casi todos «nuestros» muertos, «nuestras» víctimas del terrorismo; mientras que las víctimas de nuestras guerras, también inocentes, permanecen

en el anonimato. De ellas nos consta, al máximo y sólo de forma aproximada, el número.

En suma, si el objetivo del terrorismo es la guerra y sus armas son el miedo, el chantaje a las democracias y el eclipse de sus principios y valores, es preciso reconocer que está realizándose, gracias a la respuesta americana de la guerra y a la exclusión de la ONU. Estados Unidos está convirtiéndose en un imperio fundado sobre el miedo[53]. Dos guerras contra otros tantos Estados, cuando las organizaciones terroristas consisten en variadas y multiformes redes clandestinas compuestas por individuos sin rostro, han tenido el único efecto de secundar y fomentar el terrorismo, degradar nuestras democracias, incrementar la inseguridad y reducir las libertades de todos. En consecuencia, frente a estos efectos bien previsibles, es necesario reconocer que, más allá de las finalidades proclamadas a veces, la naturaleza y la función de las «nuevas guerras», nuevas y terribles con respecto a las del pasado, son muy otras. Pues ya no se trata de la conquista de territorios, ni de la defensa de ataques provenientes de Estados enemigos, sino del gobierno terrorista del orden mundial. Todas sus variadas adjetivaciones legitimadoras —guerra ética, humanitaria, por el derecho, por los derechos, por la paz, como operaciones de policía— son en realidad contradicciones en los términos, tan sólo dirigidas a alimentar un nuevo, irracional fundamentalismo occidental en apoyo y como cobertura de la que es su principal finalidad, por lo demás sumamente ilusoria: mantener y consolidar el actual orden mundial desigual con la fuerza militar como instrumento de gobierno del mundo, en alternativa al derecho, cuyo puesto aspira a ocupar. Tal es el sentido en el que las nuevas guerras son «preventivas» y al mismo tiempo «infinitas», porque son castigos ejemplares infligidos a los Estados en ocasiones etiquetados de «Estados canallas». Tienen la misma función que el uso terrorista del derecho penal en un ordenamiento despótico. El instrumento es la fuerza de las armas. El mensaje es la ausencia de límites y de rémoras. El criterio es no sólo el mantenimiento del orden global, sino la venganza en el sentido primitivo de «venganza de la sangre», que golpea al grupo enemigo, incluidos los inocentes, como lo hacen patente dos guerras, en Afganistán y en Irak, tras los atentados de las Torres Gemelas.

Así pues, la relegitimación de la guerra y la exhumación de la doctrina de la guerra justa llevadas a cabo durante estos años por las potencias occidentales equivalen a una regresión a las formas prejurídicas de las viejas relaciones entre Estados, fundadas en la ley del más fuerte. De este modo se retrocede al estado de naturaleza, que es, precisamente, un estado de guerra virtual y permanente. Pero este retorno está agravado no sólo por la potencia destructiva de las armas actuales, sino también por la confusión ya ilustrada entre terrorismo y guerra, entre criminales y enemigos, y por la autorrepresentación de una de las partes beligerantes como investida de funciones penales y de policía. Una enésima y suprema forma de confusión y de conflicto entre lo público y lo privado,

derecho penal y violencia desregulada, pena y guerra, intereses generales e intereses de parte.

Esta confusión hace de la guerra actual —no combatida, a causa de la disparidad de las fuerzas en presencia, sino simplemente infligida a los países agredidos— una suerte de pena de muerte irrogada indiscriminada y preferentemente a masas de personas inocentes. Son muchas las analogías entre guerra y pena de muerte. Ambas abjuran del pacto de convivencia, dirigido a la tutela de la vida, que es el fundamento racional del derecho. Recordemos las palabras de Beccaria ya citadas en el § 15.4: «Por consiguiente la pena de muerte no es un *derecho* [...] sino que es una guerra de la nación contra un ciudadano»[54]. A la inversa, cabe añadir, la guerra no es un derecho, sino exterminio masivo y por ello pena de muerte aplicada, además, a personas inocentes. Por otra parte, tanto la pena de muerte como la guerra —una dentro de los Estados, otra en sus relaciones externas— equivalen a la negación de la vida y por ello del derecho y de la convivencia civil. Ambas expresan la que Michel Foucault llamó una «biopolítica» de muerte[55]; como, por oposición, el rechazo de la pena de muerte y el principio de la paz expresan una biopolítica y un bioderecho de la vida[56], basados en la idea elemental de que la garantía de la vida y de la supervivencia es el fin y al mismo tiempo la razón social tanto del derecho como de las instituciones políticas. Las dos, en fin, expresan la misma disposición a la violencia institucional, último residuo de la libertad salvaje, como la llamó Kant, propia del estado de naturaleza. La prueba está en que, en Estados Unidos, una y otra se nutren y apoyan en un consenso popular mayoritario, lo que confirma el valor garantista de los límites impuestos por el paradigma constitucional a las mayorías políticas. La opinión pública presiona a favor de la pena de muerte y de la guerra, impidiendo a la clase política su superación. A su vez, precisamente la legitimación jurídica y política de una y otra actúan como factores de corrupción del sentido moral y del espíritu público y, por la interacción que siempre existe entre derecho y sentido común, alimentan posteriormente el apoyo a ambas.

Pero lo que hace que las nuevas guerras, con su pretensión de criminalizar al enemigo, sean incomparablemente más graves que la pena de muerte y las guerras tradicionales es el hecho de que consisten en una pena de muerte sin delito y sin proceso. Precisamente, su monstruosa novedad reside en sus justificaciones parajurídicas y en el hecho de que se las conciba como «justicia infinita»; cuando lo cierto es que, con sus millares de víctimas entre las poblaciones civiles y casi ninguna de los agresores, trasgreden los rasgos esenciales de la justicia y de la guerra misma. Esto es, en el primer caso, la tutela del inocente, identificada incluso por Hobbes, teórico del absolutismo, como la primera ley natural de la justicia, y el respeto y las garantías de los prisioneros de guerra, tratados en cambio como criminales más que como enemigos y por ello sometidos a tribunales militares especiales, procesos sumarios, privaciones de libertad de duración ilimitada y tratos humillantes.

Así, hoy como nunca, la guerra, más aún que la pena de muerte, es la negación radical del derecho y la razón, según el paradigma hobbesiano. Con ella el Estado rompe el contrato social, reniega del principio natural y racional de la autoconservación, fundamento vital del derecho, y contradice su propia razón de ser que es la garantía de la vida de las personas que lo han instituido[57]. No sólo. Pues con la guerra aquél niega además la identidad de sus ciudadanos como personas, al tratarlos como cosas, es decir, instrumentos para fines ajenos. «¿Qué derecho tiene el Estado», se pregunta Kant, «*frente a sus propios súbditos* a servirse de ellos en la guerra contra otros Estados, a emplear o arriesgar en ello sus bienes, e incluso su vida?». La respuesta es que tal derecho se deriva de forma evidente «del derecho de cada uno de hacer lo que quiera con lo suyo (con su propiedad)», es decir, de la absurda pretensión del soberano de ser «propietario indiscutible» del ciudadano. «Por tanto, así como de las plantas (por ejemplo, las patatas) y los animales domésticos [...] puede decirse que se los puede utilizar, consumir y destruir (hacer que los maten), parece que también pueda decirse del poder supremo del Estado, del soberano, que tiene derecho de mandar a la guerra a sus súbditos, que en muy buena medida son producto suyo, como a una cacería, y a un combate como a una excursión»[58]. En efecto, continúa Kant, la guerra, además de las víctimas provocadas entre las poblaciones enemigas, lesiona también la dignidad de los ciudadanos llamados a las armas, sometiéndolos a un dominio que «no puede aplicarse en modo alguno al hombre, sobre todo como ciudadano, que en el Estado ha de ser siempre considerado como miembro colegislador (no simplemente como medio sino también al mismo tiempo como fin en sí mismo)»[59].

16.8. *El futuro del orden internacional. La guerra infinita y la alternativa del derecho*

Señalaré cuatro efectos tremendos que, junto con los «sufrimientos indecibles» para la humanidad de que habla el preámbulo de la Carta de la ONU, se seguirían de la relegitimación y normalización de la guerra según el diseño de las «nuevas guerras».

El primer efecto, anunciado abiertamente por los documentos estratégicos americanos, sería una «guerra infinita», acompañada de la marginación de la ONU y de la definitiva descalificación del derecho internacional: un nuevo orden mundial, pues, fundado en el dominio americano y en la guerra perpetua como instrumento de gobierno del mundo y de solución de las controversias internacionales. No se requieren alardes de imaginación para hacerse una idea de las líneas maestras de este nuevo orden, o mejor desorden, alternativo al proyectado en la Carta de la ONU y en tantas declaraciones y convenciones sobre derechos. Se trataría del «orden» actual, agravado por el crecimiento exponencial de la inestabilidad política, la amenaza terrorista y la carrera hacia el rearme

de las principales potencias y, con ello, de la inseguridad de todos, incluido Estados Unidos, en un mundo poblado de ingenios nucleares. El terrorismo habría vencido definitivamente. Sería, incluso, el único vencedor de esta disparatada guerra sin fin, abiertamente terrorista a su vez, que comprometería la paz y la seguridad del planeta.

El segundo efecto sería la quiebra definitiva de la credibilidad de todos los «valores» occidentales a los ojos del resto del mundo; es decir, de la paz, la democracia, el estado de derecho, la legalidad, los derechos fundamentales, la igualdad y la dignidad de las personas; y con ello la explicitación, ya sin velos ideológicos, del latente racismo que se expresa en las actuales políticas, o mejor aún, de la ausencia de cualquier política que no sea la de las armas, en relación con los grandes problemas del planeta. En un mundo oficialmente retrotraído al *bellum omnium* resultaría difícil oponer un freno a las guerras civiles que ensangrientan los países pobres salidos del dominio colonial —al mismo tiempo efectos y causas de las terribles condiciones de miseria— y que, con la total desatención de Occidente, han provocado millones de muertes y millones de prófugos, en Angola, República del Congo, Ruanda, Sudán, Liberia y Sierra Leona[60].

El tercer efecto sería la crisis de las libertades fundamentales y sus garantías también en los países occidentales. Es una crisis que, en parte, está ya en marcha en Estados Unidos, merced a las espantosas «leyes patrióticas» emanadas a raíz del 11 de septiembre. Estas leyes autorizan al presidente americano a declarar «terrorista», según su juicio soberano, a cualquier sujeto o asociación nacional o extranjera que considere sospechosos, e instituyen tribunales especiales y procesos sumarios para los no-ciudadanos estadounidenses. Pero el mayor peligro para el futuro de la democracia es el de una guerra «infinita» y proviene del clima de miedo, emergencia, patriotismo belicista, intimidación e intolerancia con el disenso generado en la opinión pública americana. Basta pensar en la desinformación reinante en el país de la libertad de prensa. Según los sondeos de que se hacen más eco los periódicos, la gran mayoría de los ciudadanos estadounidenses ha estado mucho tiempo convencida de que el atentado del 11 de septiembre fue organizado por Irak y realizado por iraquíes. Y, en una sociedad militarizada y en estado de excepción permanente como lo es cada vez más la americana, no existe ninguna garantía contra la involución interna de su, con todo, sólida democracia, por efecto de la adicción o, peor aún, del consenso prestado a cualquier agresión al derecho y a los derechos por parte de una opinión pública aterrorizada[61].

Hay además un cuarto aspecto de crisis de la democracia, consecuente a la perspectiva de una guerra infinita e ilimitada, global y permanente hecha contra la voluntad de la mayoría de los Estados y de todos los pueblos del mundo, a excepción quizá del estadounidense. Se toca aquí una cuestión de fondo que incide de manera dramática en el futuro de la democracia internacional en la época actual de la globalización y

que será abordada en el § 16.10. La guerra es la manifestación extrema y más terrible de un proceso más general de vaciamiento del derecho y de la democracia provocado por la crisis de los viejos Estados nacionales, por el desplazamiento de cada vez más numerosas e importantes sedes decisionales fuera de sus fronteras y por el consiguiente debilitamiento de la relación representativa entre gobernantes y gobernados en la mayoría de los pueblos. Su relegitimación, conforme a la propuesta del proyecto estadounidense, equivale a la práctica restauración del derecho de guerra en manos de un único soberano, el presidente de los Estados Unidos, al que estaremos todos sometidos: un soberano «absoluto», en el sentido literal de *legibus solutus*, como no ha existido nunca, ni siquiera en la época del absolutismo, ya que su poder se propone como global y la guerra, dejada por la constitución de su país a su decisión, no es la vieja guerra entre pequeños ejércitos, sino la guerra actual, ilimitadamente destructiva, además de perpetua y planetaria. En suma, tendremos una suerte de estado de excepción internacional confiado al dominio militar de la superpotencia americana, y por ésta a su presidente, y un orden mundial basado en la fuerza y en el progresivo descrédito y vaciamiento de nuestros mismos principios de legalidad y democracia. Sería también una victoria del terrorismo, ya que la guerra permanente y a su vez terrorista promovida contra aquél con el fin de defender del mal a los valores occidentales de la libertad y la democracia, como dice el documento estratégico del presidente americano de 17 de septiembre de 2001, habría tenido el efecto de acabar con ellos.

Sucede, sin embargo, que el proyecto estratégico inspirador de la guerra contra Irak de 2003 ha fracasado en gran medida. Sobre todo, ha fracasado la guerra, que más que derrotar al terrorismo lo ha desatado en el país ocupado, donde ha provocado millares de víctimas entre los soldados americanos y decenas de millares entre los ciudadanos iraquíes. Pero, más que nada, ha fracasado el proyecto de un nuevo orden mundial basado en la guerra. Precisamente, porque declarado de manera abierta, este proyecto ha sido percibido por gran parte del mundo —por la mayoría del Consejo de Seguridad y la gran mayoría de los Estados y las opiniones públicas— como un peligro de regresión intolerable. Las otras guerras de la década precedente fueron asimismo ilegítimas por chocar con la Carta de la ONU. Pero ninguna de ellas había sido anunciada como el inicio de una «guerra infinita» cual imposible instrumento de gobierno del mundo. El grosero maniqueísmo y la unilateralidad americana comportan, al menos, la ventaja de rasgar cualquier velo ideológico en torno a la operación de relegitimación de la guerra. Y por eso han sido rechazados en todo el mundo por los gobiernos de la mayoría de los Estados y, sobre todo, por una movilización pacifista planetaria que en la jornada del 15 de febrero de 2003 alcanzó a dar vida, en las principales ciudades, a una manifestación contra la guerra de más de 110 millones de personas. De este modo, por primera vez, el superpoder de Estados Unidos fue contestado y aislado dentro del propio mundo occidental. Es

difícil decir qué peso tuvieron en esta contestación las razones del derecho pisoteadas, cuál fue el de los intereses políticos y económicos de los demás Estados, grandes y pequeños, y cuál el de la objeción de conciencia de tipo simplemente moral. Lo que es cierto es que por vez primera se manifestó, en apoyo de la paz, una opinión pública mundial que ha condicionado, sobre todo en Europa, las actitudes de los gobiernos.

Así pues, los fautores de la guerra preventiva e infinita deberían interrogarse sobre si es políticamente realista, antes aun que jurídica y moralmente aceptable, la perspectiva de un orden internacional basado en injusticias crecientes, cada vez más carente de legitimación incluso en los propios países occidentales y sólo capaz de políticas de guerra y de mortificación racista de la dignidad y de la identidad de enteros pueblos y culturas. Ante todo, una guerra infinita, aunque equivalga a la primacía de la ley del más fuerte, a largo plazo, no beneficia ni siquiera al más fuerte, al producir una inseguridad y precariedad totales, pues, como escribe Hobbes, «el más débil» siempre «tiene fuerza suficiente para matar al más fuerte, ya mediante maquinaciones secretas, o agrupado con otros que se ven en el mismo peligro que él»[62]. Y en un mundo en el que la economía y las comunicaciones están globalizadas, es indispensable para cualquier función de gobierno gozar de un cierto grado de consenso y de legitimación.

Por consiguiente, es posible que frente a los peligros generados por las nuevas guerras torne a prevalecer la razón, que se reabra el espacio de una política orientada a la defensa y al reforzamiento del papel de la ONU, a través de la plena realización de su ordenamiento en la perspectiva de un estado de derecho internacional. Naturalmente, no tiene sentido hacer previsiones o dividirse entre optimistas y pesimistas. Pues lo cierto es que, hoy más que nunca, el futuro del orden internacional permanece ampliamente indeterminado. Gracias a las grandes movilizaciones pacifistas, el resultado de la confrontación entre una política americana de la guerra y una política de paz dirigida a reforzar las Naciones Unidas no debe darse en modo alguno por descontado. La rehabilitación y el fortalecimiento de la ONU sería en el interés de todos, incluido Estados Unidos; y si no por razones morales y jurídicas, al menos en garantía de nuestra propia seguridad y de la supervivencia de nuestras democracias. Para no tener que volver a redescubrir los nexos entre derecho y paz y entre derecho y razón tras de nuevas catástrofes provocadas por la proyectada guerra infinita.

16.9. *Tres garantías de la paz: a) el monopolio jurídico de la fuerza; b) la prohibición de las armas y de los ejércitos; c) la construcción de una esfera pública internacional*

«Sólo [...] será en sí misma justa y moralmente buena», escribió Kant, «aquella constitución de un pueblo [...] que, por su índole, tienda a evi-

tar, según principios, la guerra agresiva —constitución que no puede ser otra, por lo menos en idea, que la republicana—, y a entrar en aquella condición que acabará con las guerras (fuente de todos los males y de toda corrupción de las costumbres) y, de este modo, se podrá asegurar negativamente al género humano, a pesar de su fragilidad, el progreso hacia mejor»[63]. Según se ha dicho en los §§ 16.1-16.3, el embrión de tal constitución ha sido introducido ya positivamente por un conjunto de cartas internacionales: la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de 1948, los Pactos sobre los derechos de 1966. Pero es claro que la Organización de las Naciones Unidas, al tener como fundamento un simple tratado multilateral que de hecho no ha suprimido la soberanía de los Estados contratantes, es totalmente inadecuada para garantizar la paz. Es válida al respecto la crítica de Hamilton y de Kant, recordada en el § 12.19, a la ilusión de que para ese fin baste una simple alianza o confederación basada en normas pacticias antes que en instituciones comunes[64]. En efecto, sólo un vínculo federal permitiría superar la actual inefectividad estructural (D.10.53, D10.55) de los derechos y de las promesas de paz contenidas en su estatuto, colmando la llamativa laguna de garantías.

Distinguiré tres vínculos federales que bastarían para diseñar las grandes líneas de un constitucionalismo global y que hoy vienen impuestas a la ONU como razón social de su estatuto, por el papel de garante de la paz y de los derechos humanos que tiene encomendado: *a*) el monopolio jurídico de la fuerza que corresponde a sus órganos, con el fin de «mantener o restablecer la paz y la seguridad internacional», indicado en el artículo 42; *b*) la garantía de tal monopolio mediante la progresiva prohibición de la producción y el comercio de las armas y la gradual superación de los ejércitos nacionales; *c*) el desarrollo, a escala internacional, de una esfera pública global capaz de reducir las crecientes desigualdades entre países ricos y países pobres y las graves violaciones de los derechos humanos que constituyen la principal amenaza para la paz. Al tratarse de garantías necesarias para la actuación de la paz y de los derechos estipulados en la Carta de la ONU y las diversas convenciones sobre derechos humanos, sus ausencias, responsables de la inefectividad estructural de una y otros (D10.53-D10.55) representan otras tantas lagunas (D10.44-D10.48) cuya subsanación, como bien sabemos (T10.261, T10.265, T12.132), no es sólo un deber moral y político sino un deber jurídico de la comunidad internacional.

La primera de estas garantías es el monopolio internacional de la fuerza consiguiente a la prohibición de la guerra. En efecto, sólo el monopolio jurídico de la fuerza —administrada por los Estados para los fines del orden interno y por las Naciones Unidas para los del orden internacional— puede garantizar que el único ejercicio legítimo de la fuerza sea el permitido por la Carta de la ONU: la legítima defensa y las acciones de policía, tanto en el plano local como en el supranacional. Aunque no resulte fácil en concreto trazar las vías de la «acción coercitiva internacional» prevista en el artículo 42 de la Carta, al menos en el plano

normativo la distinción entre guerra y uso legítimo de la fuerza es neta, según se ha visto en el § 16.5. La verdadera laguna, responsable de la inefectividad estructural de la paz es la ausencia de garantías y de las correspondientes funciones e instituciones de garantía. Faltan las instituciones de garantía primaria (D10.39, D12.17), previstas en el capítulo VII de la Carta, al no haberse instituido todavía el «Comité de estado mayor» al que el artículo 47 atribuye la «responsabilidad de la dirección estratégica» de la acción coercitiva «bajo la dependencia del Consejo de Seguridad». Faltan, además, las garantías secundarias (D10.40, D12.18), al no haber entrado en vigor la previsión como crimen de la guerra de «agresión», contenida en el artículo 5 d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, no ratificado, además, por la mayor parte de las mayores potencias.

Precisamente, la introducción de tales garantías debería representar el principal empeño de una política exterior que pretenda ajustarse al derecho internacional vigente y, por lo que se refiere a Italia, al artículo 11 de su Constitución. Si tras la caída del muro de Berlín se hubiera instituido mediante la cooperación y la coordinación de las diversas policías nacionales la fuerza internacional prevista en el capítulo VII de la Carta de la ONU, ésta habría intervenido en todas las crisis de los últimos años, sin las inútiles devastaciones provocadas por las guerras del cielo de los ejércitos occidentales y, a la vez, con bastante mayor eficacia y credibilidad. Además, la misma fuerza de policía podría muy bien haber sido encargada de intervenir para prevenir, impedir y poner fin a los crímenes contra la humanidad, es decir, a las más graves violaciones de los derechos humanos. En efecto, si es cierto que la garantía de tales derechos, además de imponer límites fundamentales (D11.24) a la actividad de los Estados, constituye también, como dice el preámbulo de la Declaración Universal de 1948, el «fundamento de la paz en el mundo», cuya salvaguarda es la razón social de la Organización de las Naciones Unidas, se hace necesaria y legítima una injerencia de la comunidad internacional dirigida a protegerla frente a los Estados responsables de sus lesiones, incluso mediante el uso regulado y controlado de la fuerza[65].

Por otra parte, un monopolio jurídico de la fuerza en el plano internacional supone la introducción de la segunda garantía antes indicada: el progresivo desarme generalizado a través de rígidas convenciones internacionales sobre la prohibición de la producción, comercio y tenencia de armas no destinadas al ejercicio de funciones de policía[66]. Diremos *ne res publicae ad arma veniant* y no sólo *ne cives ad arma veniant* para la tutela de la inmunidad de las personas frente a la criminalidad homicida, y también de la paz. Las armas, destinadas en todo caso a matar, deberían ser consideradas finalmente *bienes ilícitos* (D11.33) —mucho más que las sustancias estupefacientes, que perjudican a los mismos individuos que hacen uso de ellas— y como tales expulsadas de la convivencia civil y objeto del monopolio de las fuerzas de policía, estatales o internacionales. Por eso, en oposición a la actual, insensata carrera hacia el rearme de las grandes potencias, sería necesario poner en marcha un desarme

gradual a través del cese efectivo de la producción, el comercio y la posesión: *a*) sobre todo de las armas cuyo uso bélico está prohibido desde hace tiempo por las Convenciones de Ginebra; *b*) en segundo lugar, de los armamentos que no sean del todo pertinentes para la lucha contra el terrorismo y la criminalidad, como las armas nucleares, los misiles, los aviones de guerra, los portaaviones, los carros blindados y, en general, las armas de guerra; *c*) en fin, de todas las armas destinadas a usos y a sujetos privados. Éste sería el signo más tangible del tránsito de la comunidad internacional del estado de naturaleza al estado civil de derecho, y también la medida de prevención más eficaz tanto del terrorismo y la criminalidad como de tantas guerras que enlutan el planeta. En efecto, las armas no sólo son instrumentos de guerra y de criminalidad, sino también factores de una y otra, ambas favorecidas por la posibilidad de utilizarlas y, en el caso de la guerra, por la voluntad de experimentar los nuevos armamentos producidos por el desarrollo tecnológico.

Es, pues, evidente que la atribución del monopolio jurídico de la fuerza a las instituciones de policía, estatales e internacionales, implica una reconversión y una transformación gradual de los ejércitos en fuerzas armadas de policía. Porque, en un Estado de derecho internacional, los ejércitos, en el sentido tradicional de fuerzas armadas destinadas a la guerra, al estar ésta prohibida, son *instituciones ilícitas* (D11.34), como son bienes ilícitos las armas de que los mismos se sirven (T11.121-T11.122). Por lo demás, históricamente, los ejércitos han representado siempre un peligro permanente para la paz y para la democracia, a causa de la falta de disposición de los aparatos militares a permanecer largo tiempo inutilizados. Por esta razón han condicionado tantas veces no sólo la política exterior, a causa de las presiones ejercidas por los aparatos industrial-militares, sino también la política interna de sus países, promoviendo golpes de estado y dictaduras militares o en todo caso hipotecando la vida democrática y favoreciendo involuciones autoritarias. Basta pensar en los países de América Latina y, antes aun, en la España franquista y en la Grecia de los «coroneles»[67].

En suma, la prohibición de las armas y de los ejércitos constituye la principal garantía negativa de la paz, interior y exterior. Como se recordará, el tercer artículo del proyecto kantiano por «la paz perpetua» es en el que se resumen las múltiples funciones nefastas de los ejércitos: «Los ejércitos permanentes (*miles perpetuus*)», escribe Kant, «deben desaparecer totalmente con el tiempo. Pues suponen una amenaza de guerra para otros Estados con su disposición a aparecer siempre preparados para ella. Estos Estados se estimulan mutuamente a superarse dentro de un conjunto que aumenta sin cesar y, al resultar finalmente más opresiva la paz que una guerra corta, por los gastos generados por el armamento, se convierten ellos mismos en la causa de guerras ofensivas, al objeto de liberarse de esta carga; añádase a esto que ser tomados a cambio de dinero para matar o ser muertos parece implicar un abuso de los hombres como meras máquinas e instrumentos en manos de otro (del Estado);

este uso no se armoniza bien con el derecho de la humanidad en nuestra propia persona»[68].

No se trata del sueño de un filósofo utópico. También dos grandes presidentes de los Estados Unidos, Thomas Jefferson y Woodrow Wilson, se manifestaron en contra de los ejércitos permanentes y de la carrera de armamentos e incluso a favor del proyecto de una fuerza supranacional. «Soy partidario de depender únicamente en lo tocante a la defensa interior», escribió el primero, que fue uno de los padres de la Constitución americana, «de nuestra milicia, mientras no se produzca una invasión, y de una fuerza naval no superior a la necesaria para proteger nuestras costas y puertos de depredaciones como las que hemos sufrido; soy opuesto a la existencia de un ejército permanente en tiempo de paz que pudiera abrumar a la opinión pública; y de una armada que, por su propio coste y por las guerras interminables en que nos involucrará, nos molestará con cargas públicas y nos hundirá bajo su peso»[69]. «En garantía de la conservación de la paz», escribió a su vez Woodrow Wilson, «será absolutamente necesario crear una fuerza bastante mayor que la de cualquier nación o alianza formada o proyectada, de modo que ninguna nación, ninguna probable coalición de naciones pueda estarle a la par. Si la paz que ahora se establece debe durar, ha de ser una paz asegurada por la mayor fuerza organizada de la humanidad [...] Hay que establecer no un equilibrio sino una comunidad de fuerzas; no rivalidades organizadas, sino una organización de la paz común»[70].

Por este su proyecto pacifista, Wilson fue y sigue siendo etiquetado de «idealista». Pero conviene recordar el clarividente realismo con que previó la fragilidad de la paz, cuando fuera «impuesta al perdedor» y aceptada «con sentido de humillación», y no fundada sobre la «igualdad de las naciones» y sobre el «derecho basado en la fuerza común»[71]. Hoy —no obstante la catástrofe de la segunda guerra mundial, todavía más terrible y devastadora que la primera, y las promesas de paz nuevamente proclamadas con la Carta de la ONU— aquella perspectiva ha vuelto a parecer irrealista, casi una utopía, precisamente a causa del rechazo de la superpotencia americana a aceptar la igualdad entre los Estados, la común sujeción al derecho y la idea de que la paz debe fundarse en el monopolio supraestatal de la fuerza y en el desarme general y no en el crecimiento de los armamentos. Para medir la distancia abismal que separa al Estados Unidos de comienzos del siglo XX del Estados Unidos de hoy —una verdadera inversión de su identidad política e ideal— no hay nada más elocuente que confrontar las propuestas pacifistas de Wilson con la doctrina de la guerra preventiva enunciada en estos años por el presidente George W. Bush. Afrontando «la cuestión más amplia y quizá más difícil de la limitación de los ejércitos y de todos los programas de preparación militar», Wilson declaró: «No se puede obtener la paz sin concesiones y sacrificios. No puede haber sentido de seguridad y de igualdad entre las naciones si se sigue construyendo grandes armamentos aquí y allá [...] Hablo a título particular, pero hablo también, natu-

ralmente, como jefe responsable de un gran gobierno, y estoy seguro de haber dicho lo que el pueblo de Estados Unidos deseaba oírme [...] Yo propongo que las naciones adopten la doctrina Monroe como la doctrina del mundo, que ninguna nación busque extender su control político a otra nación o pueblo, sino que cada pueblo, tanto da si pequeño o una gran potencia, sea dejado en libertad de decidir su propio destino, el curso de su desarrollo, sin impedimentos, amenazas, intimidaciones [...] Propongo esa limitación de los armamentos capaz de hacer de ejércitos y marinos sólo instrumentos de orden y no de agresión y de violencia egoísta. Éstos son principios americanos, inspirados en una política americana. No podemos mantener otros [...] Son los principios de la humanidad y deben prevalecer»[72].

Hoy, en el cambio de época que estamos viviendo, estas palabras de Wilson deberían aparecer más realistas y realizables que nunca. Con el final de la división del mundo en bloques y del equilibrio del terror nuclear, en 1989, se crearon por primera vez en la historia las condiciones para que la guerra, en el sentido clásico de guerra entre Estados, se encaminase finalmente a una tendencial y objetiva superación por la desaparición de la amenaza proveniente de Estados enemigos. Sin embargo, en Estados Unidos, y como reacción en los demás países más poderosos, se ha desarrollado una nueva carrera hacia el reforzamiento de los armamentos y el aumento de los gastos militares de manera simultánea a la redefinición de la guerra como instrumento de gobierno global y de defensa frente al terrorismo internacional elevado al rango de nuevo enemigo. Incluso muchos de los principales implicados en la construcción de la integración europea sostienen la necesidad de que la Unión se dote de una fuerza armada autónoma y autosuficiente. Todo esto carece de sentido y sólo puede explicarse por la voluntad de dar vida a un estado de excepción planetario de la que ya se ha hablado en los parágrafos precedentes. Ningún ejército de tipo tradicional amenaza la seguridad de Estados Unidos o de Europa. Ni cabe ya temer conquistas territoriales o invasiones militares, que han perdido sentido en la época de la globalización. Existe la amenaza del terrorismo. Pero frente a ella no sirven ejércitos ni guerras, a su vez inevitablemente terroristas en tanto que destinadas a golpear a los inocentes, sino fuerzas de policía profesionalmente adecuadas, las mismas fuerzas de policía internacional encargadas del mantenimiento de la paz. Y sirven, al mismo tiempo, políticas sociales idóneas para aislar al terrorismo y sanear sus bases de reclutamiento y de consenso.

Es éste el tercer orden de garantías de la paz al que he aludido antes: la construcción de una esfera pública internacional apta para garantizar los derechos vitales de todos. Es la misma indicación que, según he recordado en el § 15.13, fue formulada por Marx a propósito de la lucha contra la criminalidad: «destruir las raíces antisociales del crimen»[73]. En efecto, como afirma la propia Carta de la ONU en su artículo 55, existe un nexo de implicación entre paz y seguridad, de un lado, y desarrollo

económico y social, pleno empleo y garantía de los derechos humanos, del otro. Por eso sería un signo de realismo político que, sobre todo, las grandes potencias, comenzando por Estados Unidos, tomasen en serio ese nexo, para la tutela de su propia seguridad. En la conciencia de que el mundo está unido no sólo por el mercado global sino también por el carácter global e indivisible de la paz, la seguridad, la democracia y los derechos fundamentales, amenazados en todas partes por la ausencia de una esfera pública internacional a la altura de los nuevos poderes transnacionales, tanto públicos como privados, cada vez más agresivos y desregulados. Los parágrafos que siguen están dedicados a la identificación y al análisis de estas amenazas, que ponen en riesgo las cuatro dimensiones de la democracia constitucional ilustradas en los capítulos XIV y XV.

16.10. *II. La globalización como vacío de derecho público internacional: A) La crisis de la democracia política y del estado de derecho en la crisis del estado nacional*

Paso ahora a examinar el segundo orden de problemas y peligros para el futuro de la humanidad señalado al final del § 16.3, esto es, la crisis y la deformación de la democracia y del estado de derecho generadas por el vacío de derecho público que caracteriza a los modernos procesos de globalización sin reglas. Analizaré tales problemas en este y los próximos parágrafos, con referencia a cada una de las cuatro dimensiones de la democracia constitucional: política, civil, liberal y social.

En cuanto a la democracia política, el problema está generado por una aporía. La crisis del Estado y de la soberanía estatal se manifiesta en el desplazamiento de cuotas crecientes de poderes y de funciones públicas, tradicionalmente reservadas a los Estados, fuera de sus fronteras nacionales. En la época de la globalización el futuro de un país depende cada vez menos de la política interna y cada vez más de decisiones externas, adoptadas en sedes políticas extra- o supraestatales o de poderes económicos y financieros globales. Esto vale para todos los países, a excepción, quizá, de Estados Unidos, y sobre todo para los países pobres, a los que Occidente exportó en el siglo pasado el modelo ya en crisis del estado nacional, rediseñado según la vieja geografía colonial, junto con la ilusión de que podía valer para garantizar la autodeterminación y la independencia, y cuyo futuro, en cambio, depende cada vez más de decisiones tomadas en el centro del mundo, esto es, de las políticas decididas, «democráticamente», por las mayorías ricas y acomodadas de una minoría de potencias occidentales que controlan las principales instituciones internacionales —el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Internacional del Comercio y el propio Consejo de Seguridad de la ONU— así como de las grandes empresas multinacionales. El consenso mayoritario, la democracia política y la ciudadanía, que dentro de las democracias occidentales operaron hasta

hace muy poco como factores de inclusión, desarrollo de la igualdad y de expansión de los derechos, están actuando en el plano mundial como factores de exclusión: de las minorías marginadas en los países ricos y de la mayoría de los seres humanos a escala planetaria.

En suma, ha saltado el nexo democracia/pueblo y poderes decisionales/estado de derecho, tradicionalmente mediado por la representación popular y la primacía de la ley y de la política que la produce. Es lo que obliga a preguntarse si, ante este cambio de paradigma de la esfera pública, cabe hablar todavía de *democracia política*. ¿El nexo Estado/democracia es un nexo necesario, de modo que el declive de la relación representativa entre gobernantes y gobernados mediada por el Estado nacional produciría el declive también de la democracia, o en cambio cabe pensar en una refundación de las formas de la democracia capaz de llevarla a la altura de lo que Jürgen Habermas ha llamado una «política interna del mundo»[74]? En pocas palabras: ¿existe un nexo esencial entre *demos* en el sentido comunitario del término —es decir, como «nación», «cuerpo colectivo» o conjunto de individuos unidos por una lengua, cultura y valores comunes— y democracia? ¿Es posible una democracia sin Estado?

El mismo problema se plantea a propósito del *estado de derecho*. Frente al final irreversible del monopolio estatal de la producción jurídica, debido al hecho de que la mayor parte de las normas vigentes en los diversos ordenamientos son de origen extraestatal (europeo o en cualquier caso supranacional), ¿cabe seguir hablando, como en el pasado, de un nexo genético entre «Estado» y «derecho positivo», o incluso sólo entre «Estado» y «estado de derecho»? En suma, ¿cuál es el futuro de la democracia política y del estado de derecho previsible a tenor de la actual crisis de sus presupuestos, es decir, del Estado nacional como ordenamiento soberano y de la ley estatal como expresión de la voluntad popular a la que están sometidos todos los poderes?

En el viejo modelo del Estado nacional el esquema de la democracia política es muy simple. En él todos los poderes están, directa o indirectamente, sujetos a la ley. Todas las decisiones relevantes se adoptan, directa o indirectamente, con fundamento legal o están legitimadas por la ley. Por eso la democracia política se realiza con el sufragio universal, es decir, con la participación de todos los sujetos interesados en las decisiones legislativas o cuando menos en la elección de los representantes competentes para adoptar tales decisiones. De este modo, aunque en la forma indirecta de la democracia política, es decir, como participación de cada uno en el proceso decisional que produce las normas que le afectan, la democracia puede concebirse como tendencial autogobierno. La misma sencillez caracteriza al esquema clásico del estado de derecho, basado en la sujeción a la ley de todos los poderes y en el monopolio estatal de la producción legislativa, que hasta hace no muchos años eran postulados descontados del positivismo y por lo mismo de la modernidad jurídica y de la ciencia del derecho.

Hoy ambos esquemas están en crisis. Ciertamente, lo está el viejo esquema de la democracia representativa. En efecto, más allá de los factores de pérdida de contenido analizados en los §§ 14.5 y 14.6 —la crisis de los partidos y de la participación política, la personalización y verticalización de los poderes de gobierno, el nexo cada vez más estrecho entre política y dinero y las degeneraciones videocráticas de la comunicación política—, las formas de la representación están haciéndose cada vez más inatendibles a causa de la quiebra de la relación entre poder político y pueblo. Según el esquema tradicional, los representados deberían coincidir con los gobernados y los gobernantes con los representantes. Pero esto ya no es así. En un momento de soberanías desiguales y de creciente interdependencia, no es cierto que las decisiones relevantes competan siempre a poderes políticamente representativos; que los procedimientos democráticos garanticen la coincidencia de los gobernantes con los representantes; que, por consiguiente, la elección de un presidente o de un parlamento por el pueblo de una gran potencia sea indiferente para el futuro de otros pueblos. Con seguridad, la elección de un presidente de Estados Unidos ecologista, pronuclear o belicista tiene efectos decisivos sobre la conservación del medio ambiente y sobre el futuro de la paz para todos los habitantes del planeta. Para la mayor parte de los pueblos, a excepción del estadounidense, la adopción de un número creciente de decisiones relevantes ya no corresponde a los poderes de sus Estados nacionales sino a poderes supraestatales, o a los poderes de otros Estados, o, lo que es peor todavía, a los poderes económicos del mercado. En todos los casos, a poderes sustraídos a cualquier control popular, por lejano o indirecto que fuese.

Pero igual de insostenible ha llegado a ser el postulado del carácter enteramente estatal del derecho positivo, en el que se ha basado hasta la fecha el paradigma del estado de derecho. Nadie describiría hoy el sistema de fuentes italiano dando lectura al artículo 1 de las disposiciones preliminares del Código Civil de 1942 —«son fuentes del derecho las leyes, los reglamentos y los usos»— y añadiendo la Constitución de 1948. Es un hecho que con los procesos de integración jurídica en curso, europea y mundial, el sistema se ha complicado enormemente por la adición de fuentes extraestatales que condicionan de distintos modos la producción jurídica y a veces pasan directamente a formar parte de los ordenamientos estatales, según el principio federal ilustrado en el § 12.19, sin siquiera la mediación formal de las leyes de ratificación. En consecuencia, tanto los Estados como sus ciudadanos han dejado de ser sólo destinatarios del derecho interno, para serlo cada vez más de un «denso retículo normativo planetario»[75] que afecta a las materias más dispares —de la producción de alimentos, a la sanidad, del comercio a los transportes y las telecomunicaciones, de la tutela de la privacidad a la del medio ambiente— y que en parte tiene carácter público, al estar constituido por tratados y convenciones internacionales, pero que en gran parte es de origen privado, como producido por el mercado y, de hecho, por las empresas transnacionales.

Por eso, la teoría de la democracia tiene ante sí un dilema radical. ¿El declive irreversible del Estado nacional equivale (o en cualquier caso está destinado a ser equivalente) a un declinar de la democracia política y del estado de derecho, ambos ligados a la sujeción de todos los poderes a la ley como expresión de la voluntad popular? O bien ¿es posible concebir una ampliación del paradigma del estado de derecho y de la democracia constitucional a la política y al derecho internacional? Los nuevos sujetos que actualmente operan en la escena internacional sin legitimación democrática ni vínculos constitucionales —las instituciones financieras y políticas internacionales y la tupida red de poderes económicos transnacionales— ¿están destinados a permanecer fuera del alcance de las formas de la democracia política y del estado de derecho, o, en cambio, cabe pensar en una ampliación de tales formas, más allá del viejo esquema estatalista?

El principal efecto de la crisis del Estado en el plano internacional ha sido un *vacío de derecho público*, es decir, la falta de reglas, de límites y vínculos en garantía de la paz y de los derechos humanos en relación con los nuevos poderes transnacionales, tanto públicos como privados, que han desplazado a los viejos poderes estatales o en todo caso se han sustraído a su papel de gobierno y de control. De la «globalización» asumida hoy en el léxico político como «una categoría explicativa generalísima, una suerte de nuevo paradigma del mundo contemporáneo»[76], se han formulado múltiples definiciones, que la identifican sobre todo, como ha escrito Danilo Zolo, con la «red mundial de conexiones espaciales y de interdependencias funcionales» que, gracias a la contracción del espacio y del tiempo generada por el enorme desarrollo de los transportes y las comunicaciones, «pone en contacto a un número creciente de actores sociales y de eventos económicos, políticos, culturales y comunicativos»[77]. Pero lo que, a mi juicio, constituye el rasgo más vistoso de la globalización en el plano jurídico, es, precisamente, el vacío de derecho público en el que esta red se ha desarrollado. Repárese bien: no un vacío de derecho, que no puede existir nunca, sino un vacío de derecho público en relación con los grandes poderes económicos transnacionales, inevitablemente colmado por un pleno de derecho privado, es decir, por un derecho de producción contractual elaborado por los despachos de abogados de las grandes empresas, que sustituye a las formas tradicionales de la ley[78] y que inevitablemente refleja la ley del más fuerte.

La consecuencia ha sido la regresión neoabsolutista tanto de las grandes potencias como de los grandes poderes económicos globales que se manifiesta en una general anomia: por una parte, en el declinar de la ONU como garante de la paz y en el retorno de la guerra, no por casualidad concebida como «infinita», como instrumento de gobierno del mundo y de solución de los problemas internacionales; por la otra, en la ausencia de reglas abiertamente reivindicada por el actual capitalismo globalizado, como una suerte de principio informador del nuevo orden económico mundial. En suma, crisis de la soberanía de los Estados

y de las democracias nacionales y globalización son fenómenos conexos y convergentes. Su efecto de conjunto es un neoabsolutismo global aún más llamativo que el ilustrado en el capítulo XIV a propósito de los ordenamientos estatales, que se expresa en el desarrollo de los poderes económicos y políticos salvajes, en su tendencial confusión y concentración y, en último análisis, en un general desplazamiento de poderes de la esfera pública al mercado, es decir, a sujetos o a instituciones extraestatales, directa o indirectamente controlados por las grandes empresas privadas.

Así pues, la crisis del Estado nacional y el déficit de democracia y de estado de derecho que caracteriza a los nuevos poderes extra- o supraestatales nos obligan a repensar la esfera pública, cada vez menos a la altura de los nuevos poderes extraestatales; entendiendo como «esfera pública», según se dijo en el § 11.15 (D11.36), el conjunto de las funciones y las instituciones destinadas a la tutela de intereses generales, como la paz, la seguridad y los derechos fundamentales. La evidente laguna de estas funciones y de estas instituciones internacionales de garantía genera una *inefectividad estructural* (D10.53-D10.55) de todas las promesas contenidas en la Carta de la ONU y en las diversas declaraciones y cartas de derechos, antes configuradas como una especie de constitución embrionaria del mundo. En efecto, como ya se ha dicho, estas promesas han quedado en el papel, por falta de adecuadas instituciones internacionales de garantía de su actuación. Por el contrario, se ha producido una singular involución de las instituciones internacionales. Las de tipo universalista —como la FAO, la Organización Mundial de la Salud, y demás organismos de la ONU— siguen careciendo de poderes efectivos y de recursos financieros, con el riesgo de resultar cada vez más marginadas. Junto a ellas, por el contrario, se han desarrollado instituciones de carácter particularista —como la OTAN, los G8, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio— dotadas de hecho de enormes poderes de intervención. Esta divergencia se ha acentuado en los últimos decenios, en los que, paradójicamente, la progresiva globalización de la economía ha venido a coincidir con un debilitamiento de la ya débil esfera pública internacional. También así se explica el retorno de la guerra como medio de solución de los problemas y las controversias internacionales.

16.11. *B*) *La crisis de la democracia civil. Los poderes desregulados del mercado*

La ausencia de una esfera pública internacional en los términos que aquí se ha definido (D11.36) es, pues, el verdadero problema y la gran laguna dramáticamente revelada por las tragedias de estos años: las guerras, los innumerables crímenes contra la humanidad, el crecimiento de las desigualdades, las catástrofes medioambientales. La crisis de los Estados nacionales y del papel de las esferas públicas estatales no se ha visto

correspondida con la construcción de una esfera pública a la altura de los procesos de globalización en curso. Como ha escrito el economista Joseph E. Stiglitz, «hoy vivimos un proceso de globalización análogo al de hace un siglo y medio, pero sin las instituciones globales capaces de hacer frente a sus consecuencias»[79]. Faltan o, en todo caso, son muy débiles, no sólo las garantías de los derechos solemnemente proclamados, esto es, la previsión de las prohibiciones y las obligaciones que les corresponden, sino antes aún las instituciones internacionales destinadas a cumplir esas funciones de garantía, es decir, la salvaguarda de la paz, la mediación de los conflictos, la regulación del mercado y la tutela de los derechos y bienes fundamentales de todos.

En el plano de las relaciones civiles y económicas, esta ausencia de una esfera pública global se traduce en la falta de límites al ejercicio de los poderes financieros y empresariales privados tal como se manifiestan en el mercado global, unida a su creciente expansión, acumulación, carácter invasivo y capacidad de condicionamiento de la vida civil y política. De aquí se sigue, a escala planetaria, una regresión absolutista de tales poderes y la ulterior erosión de las esferas públicas nacionales y, con ellas, del conjunto de las garantías de los derechos fundamentales, comprendidos los mismos derechos civiles e incluso las propias garantías de la competencia. En suma, la *lex mercatoria* se afirma como la nueva *Grundnorm* del orden internacional, con la consiguiente inversión de la relación entre Estado y mercado, pues ya no es la política la que gobierna y controla la economía, sino ésta la que gobierna a aquélla[80]. Identificaré cinco efectos de esta inversión, capaces por sí solos de arruinar, junto con la democracia civil, las demás dimensiones de la democracia constitucional.

El primero de ellos es la tendencial *concentración y confusión de poderes*; no sólo las concentraciones mono u oligopolistas de los poderes económicos, en particular en sectores como las comunicaciones y la información televisiva[81], sino también la confusión entre poderes económicos y poderes políticos, mayor aún que la producida dentro de los ordenamientos estatales. Se trata del conflicto endémico entre intereses públicos e intereses privados que, según se vio en el § 14.6, mina de raíz la separación entre política y economía, entre esfera pública y esfera económica, la primera tendencialmente devorada por la segunda. La consecuencia de este fenómeno a escala global es el desarrollo de una nueva fenomenología del poder basada en la integración entre mundo de los negocios, grandes empresas, organizaciones de logreros y aparatos de gobierno[82]. De lo que se sigue no sólo la primacía de los poderes y los intereses privados sobre los públicos, sino también una creciente reducción de la esfera pública, como conjunto de funciones en garantía de todos, en beneficio de la correlativa expansión de la esfera privada del mercado. En efecto, si, dentro de las democracias nacionales, las actuales políticas neoliberales apuntan a la reducción de los gastos sociales y a la progresiva privatización de la esfera pública en tema de educación, previsión social y asistencia sanitaria, en el mercado global, sobre todo

en los países pobres, dejan libre y ventajoso espacio a la apropiación privada de servicios y bienes fundamentales, bastante a menudo por parte de sociedades extranjeras. Así, de los servicios postales a las comunicaciones, de la información a los transportes, del agua a los bienes comunes de la humanidad, todos resultan degradados a la calidad de bienes patrimoniales, en contradicción con los bienes y derechos fundamentales que constituyen su objeto (D11.28) y que exigirían su sustracción al mercado y a las razones del beneficio y la igual garantía del acceso a los mismos en beneficio de todos[83].

El segundo efecto, en conexión con el primero, consiste en la progresiva *reducción del derecho a mercancía*. Otra consecuencia de la globalización, a falta de una esfera pública mundial, es la imposibilidad para los Estados de controlar la economía, cada vez más autónoma en el mercado global. Sobre todo en los países pobres, con el fenómeno de la llamada «competencia entre ordenamientos», subsiguiente a la libre circulación de capitales e inversiones, se ha invertido el sentido de la relación entre esfera pública y esfera privada, Estado y mercado, ley y autonomía negocial. Los Estados ya no garantizan la competencia entre las empresas, sino que, al contrario, son las grandes empresas multinacionales las que ponen a éstos a competir, premiando en realidad a los ordenamientos más ventajosos para ellas y menos convenientes para las personas; desplazando sus inversiones a los países en que son más bajos los salarios, menores las garantías de los derechos de los trabajadores y la presión fiscal, más débiles o incluso inexistentes la protección de la salud y el medio ambiente y mayores las posibilidades de corromper a los gobiernos o, en cualquier caso, de hacerlos plegarse y modelar las leyes según sus intereses[84]. Añádase el predominio del capital financiero y especulativo sobre el capital productivo y, en los países de origen de las empresas, la reducción y la precariedad de los puestos de trabajo y la reducción de los salarios, los consumos y los impuestos. Tanto es así, que, a propósito del enorme crecimiento de los beneficios, podría muy bien hablarse de un renacimiento de la renta; pues países y grupos empresariales que no producen nada se enriquecen a expensas del trabajo productivo, el medio ambiente y los recursos naturales de los países en los que se deslocaliza la producción[85].

El tercer efecto, igualmente ligado al potente condicionamiento de los poderes políticos por parte de los poderes económicos, es la formación de un *mercado trucado*. La contradicción patente en las políticas de los países occidentales consiste en el hecho de que pretenden de los países pobres la apertura de mercados para sus productos, la liberalización de las inversiones de capitales y la privatización de los servicios y los bienes públicos y comunes mientras practican un rígido proteccionismo a favor de sus productos[86]. En este sentido, la Organización Internacional del Comercio se manifiesta como institución que predica el libre cambio a los países pobres y tolera las políticas proteccionistas y las subvenciones públicas en beneficio de los productos de los países ricos, haciendo

imposibles a los primeros las exportaciones y condenándolos al subdesarrollo. El sector emblemático de esta globalización demediada de la economía es la agricultura, de la que vive todavía hoy bastante más de la mitad de la población mundial. Se ha calculado que en 2004 se gastaron más de 350.000 millones de dólares en subvencionar el proteccionismo agrario de los países ricos; con el efecto de cerrar el paso a los productos de los países pobres y de gravar a sus consumidores con la elevación de precios de los productos alimentarios[87]. En suma, la receta liberista sólo se aplica a los sectores tecnológicamente avanzados —como productos informáticos, telecomunicaciones, transportes, electrodomésticos— y sólo mientras los países occidentales no teman la competencia de los países pobres en su mercado interno; pero no vale para las materias primas y para la agricultura y tampoco para los sectores avanzados, cuando éstos, como sucede en China e India, se desarrollan de forma que los hace aptos para competir con los países de Occidente.

El cuarto efecto de la globalización sin reglas es la *explotación ilimitada del trabajo*, consiguiente a su desvalorización de conjunto a escala mundial, como condición de la actual acumulación capitalista ilimitada[88]. El principal instrumento de esta desvalorización es el trabajo desprotegido en el Sur del mundo, que atrae las inversiones, y el trabajo precario y a menudo clandestino de los inmigrantes. Se ha calculado que el coste del trabajo, que en Alemania era en 1994 de 44 marcos la hora, es veinte veces inferior —menos de un dólar la hora— en Indonesia, India, Filipinas y en gran parte de los países africanos y latinoamericanos[89]. Por otra parte, el fenómeno retroactúa sobre las condiciones de trabajo en los países ricos, en los que la competencia con las producciones a bajo coste en los países pobres genera la reducción de los salarios y la eliminación de las garantías de los derechos de los trabajadores, incrementando el desempleo, la flexibilización y la precarización del trabajo, ya ilustradas en el §14.18. En suma, las conquistas de los trabajadores en los países occidentales están siendo agredidas por dos procesos que son las dos caras de la misma moneda. De un lado, la transferencia de las producciones a los países en los que aquéllas están totalmente ausentes y, por ello, es posible la máxima explotación del trabajo; del otro, como reflejo, la reducción de los salarios, las garantías jurídicas y la tutela sindical en nuestros propios países. El cierre de las fronteras occidentales a la inmigración y, por consiguiente, a la libre circulación de los trabajadores, favorece esta división del mercado de trabajo, que actúa a su vez como factor de deformación del de mercancías, dado que, como se dijo en el § 14.19, determina una diferenciación de los costes de producción en beneficio de las empresas que más explotan el trabajo. En fin, la reducción del empleo, la precarización del trabajo, el descenso de los salarios, las restricciones de derechos y garantías de los trabajadores y de la tutela sindical, resultan ulteriormente acentuados por el desarrollo tecnológico de la producción, que, gracias a la automación y a la informática, reduce drásticamente el valor del trabajo, sobre todo del peor cualificado.

Hay un último efecto de la actual globalización sin reglas, quizá el más grave y devastador, que es la *destrucción, en gran medida irreversible*, *del ambiente natural*[90]. Por falta de serios límites jurídicos, el desarrollo autónomo del mercado global se orienta inevitablemente a un crecimiento ilimitado. En efecto, como ya escribió Hannah Arendt, abandonada a sí misma la economía capitalista es de manera inevitable, cada vez más, «una economía de despilfarro, en la que las cosas deben ser devoradas y eliminadas con la misma rapidez con que se las produce» y en la que «no la destrucción, sino la conservación se presenta como una ruina porque la duración de los objetos conservados es el mayor obstáculo al proceso de recambio, cuya constante aceleración es la única constante que sigue siendo válida cuando tal proceso tiene lugar»[91]. Es claro que, según está amplia y concordemente documentado en innumerables estudios, semejante economía de despilfarro y el crecimiento ilimitado de la producción que lleva asociado se traducen en una creciente, insostenible agresión a los bienes comunes de la humanidad: aire, agua, suelo, biodiversidad, especies animales, recursos minerales, energéticos y alimentarios. Según la alarma lanzada por el *Living Planet Report 2004* del WWF, si no cambia el modelo de desarrollo, el saqueo y la destrucción de los recursos por parte de los países ricos están destinados a provocar el agotamiento de los mismos en no más de medio siglo. Y, lo que es todavía más grave, el actual desarrollo insostenible genera el riesgo de producir catástrofes ecológicas capaces de poner en peligro el futuro de la humanidad. El progresivo calentamiento del planeta generado por el efecto invernadero, la disolución de los glaciares y la elevación del nivel del mar hasta sumergir islas y asentamientos costeros, la desertización y deforestación de las zonas más cálidas, la contaminación del aire y del agua, la desaparición de millares de especies animales.

La causa principal de estos desastres es la concentración en la atmósfera de gases contaminantes provenientes del empleo de recursos energéticos de origen fósil, no renovables, como el carbón y, sobre todo, el petróleo. Más adelante hablaré de las medidas urgentes idóneas para acabar con esta loca carrera hacia la destrucción del planeta, la primera de todas una opción seria por los recursos renovables. Aquí me limitaré a poner de relieve que esta carrera es debida a un bloque de intereses económicos y políticos que sustentan la economía del petróleo y los demás combustibles fósiles, por otra parte, destinados a agotarse en el espacio de pocos decenios; que de las emisiones de gases contaminantes en perjuicio de toda la población del planeta es responsable casi únicamente una minoría de países ricos; que los mayores daños provocados por éstos los pagan sobre todo los países pobres, preferentemente agrícolas, a los que se transfieren las industrias contaminantes.

De este modo, la globalización se presenta, en todos estos aspectos, como la forma actual de la explotación del trabajo, la colonización económica y el capitalismo depredador. El proclamado principio neoliberal

del libre comercio y de la competencia entre empresas se invierte de hecho en el de la competencia perversa entre las clases trabajadoras de los diversos países y, al mismo tiempo, de la competencia a la baja entre los Estados más pobres en la reducción de las garantías medioambientales y del trabajo como forma de atraer inversiones e incrementar el empleo. De este modo, más que en el libre mercado de las mercancías, la globalización de la economía se resuelve preferentemente en el libre mercado del trabajo y en el libre mercado de los ordenamientos estatales. De lo que resulta una doble, gigantesca transferencia de riqueza de los trabajadores a las empresas, cuyos beneficios han crecido enormemente, del mismo modo que los sueldos de sus directivos; y del Sur pobre al Norte rico del mundo. Transferencia agravada, además, por el insostenible endeudamiento del primero a favor del segundo.

16.12. C) *Las violaciones de los derechos de libertad. Los crímenes impunes contra la humanidad y el derecho penal criminal*

En ausencia de una esfera pública mundial, la lesión de la democracia sustancial producida por las violaciones de los derechos fundamentales primarios es igualmente estructural. Y los afecta, tanto en su dimensión liberal, a consecuencia de las violaciones por acción de los derechos de libertad, como en su dimensión social, debido a las violaciones, por omisión, de los derechos sociales.

Las violaciones de los derechos de libertad son de dos tipos, en apariencia opuestos, pero en realidad contiguos: *a*) los crímenes contra la humanidad, en gran parte impunes; *b*) los tratamientos punitivos, que en muchos ordenamientos, incluidos los de algunas democracias avanzadas, se manifiestan en formas extremas de terrorismo penal. En efecto, una consecuencia perversa de la globalización es la dimensión transnacional asumida por la criminalidad organizada, que, como se ha dicho en el § 15.11, es hoy sobre todo una criminalidad del poder. De un lado, la criminalidad de los poderes criminales, terroristas o mafiosos, del otro, los crímenes del poder, ya se trate de los cometidos por aparatos públicos o por sujetos privados. Se trata de una criminalidad «global» o «globalizada», en el mismo sentido en que hablamos de globalización de la economía, por cuanto la actividad criminosa, por la naturaleza de los actos y por los sujetos implicados, no se desarrolla únicamente en un solo país, sino, a la par que las actividades económicas de las grandes empresas, a escala planetaria. Como ya se dijo en el § 16.6, se ha internacionalizado el terrorismo, y también, con la mundialización de las comunicaciones y de los tráficos, la gran criminalidad común: la organizada de tipo mafioso no menos que la gran criminalidad económica y financiera[92]. En cambio, no se han internacionalizado el derecho penal y sus técnicas de tutela[93]. En efecto, pues aunque se responde al terrorismo con la guerra, por lo general falta respuesta a las diversas formas de crimi-

nalidad del poder a causa del vacío de una esfera pública internacional tantas veces señalado.

Este vacío se manifiesta, de modo particular, en relación con los *crímenes contra la humanidad* (masacres, operaciones de limpieza étnica, desaparición de personas, ejecuciones extrajudiciales, violencia sobre las mujeres, torturas, privaciones de libertad ilegales y prolongadas), todos lesivos de los derechos humanos más elementales, desde el derecho a la vida hasta la inmunidad frente a la tortura, del *habeas corpus* a las demás libertades fundamentales. Según el Informe anual de Amnistía Internacional, del 2004, en la región sudanesa de Darfur, las fuerzas gubernamentales y las milicias aliadas Janjawid destruyeron y saquearon centenares de poblados, torturaron y mataron a miles de civiles, obligaron a huir de sus casas a más de un millón y medio de personas, violando y asesinando a miles de mujeres ante los ojos de los representantes de la ONU y de la Unión Africana y con la general indiferencia de los países occidentales, que siguen suministrando armas a las bandas sudanesas[94]. Conflictos armados, masacres de civiles, matanzas indiscriminadas, secuestros y violencias sexuales por obra de las fuerzas gubernamentales y grupos armados continúan desde hace años martirizando a gran parte del África subsahariana, del Congo a Costa de Marfil y Liberia, de Somalia a Uganda y Burundi[95]. Violaciones masivas de derechos humanos, represiones del disenso político, torturas y ejecuciones capitales tienen lugar sistemáticamente en China, Corea del Norte y Vietnam[96]. En todo el mundo, millones de mujeres sufren violencias sexuales, mutilaciones genitales, segregaciones, palizas, lesiones y desfiguraciones por parte de padres y maridos. En fin, arrestos arbitrarios, prisiones sin acusación ni proceso, torturas y malos tratos bajo la enseña de la «guerra al terrorismo» forman parte de las formas asumidas por la exportación estadounidense de la democracia a Afganistán e Irak, donde las prisiones de Abu Ghraib y de Camp Bucca, no menos que Guantánamo Bay, se han convertido en los «gulags de nuestro tiempo»[97].

El principal factor de estas atrocidades proviene de su *impunidad*, que es la otra cara de la inefectividad de los derechos humanos y del estado de derecho en el ordenamiento internacional. En los últimos años, la exigencia de poner freno a tal impunidad, debida a que se trata preferentemente de crímenes de estado cometidos por los mismos gobernantes o por bandas criminales apoyadas o toleradas por ellos, ha discurrido por dos caminos. Uno, la institución por la ONU de tribunales *ad hoc*, como los de la ex Yugoslavia y Ruanda, de los que el primero se ha caracterizado por su parcialidad, al negarse la acusación pública a proceder por los crímenes de guerra cometidos por la OTAN en territorio yugoslavo con ocasión de la guerra de Kosovo[98]; el otro es la expansión de las jurisdicciones estatales, como ha sucedido en España y en Inglaterra con el proceso contra el dictador Pinochet, pero también en Italia, Alemania y Bélgica, conforme a normas de derecho interno, así como la persecución universal establecida por las convenciones internacionales

de 9 de diciembre de 1948 y 10 de diciembre de 1984, en materia de genocidio y tortura[99]. Es claro que se trata de jurisdicciones supletorias que, no obstante, junto a los numerosos tribunales de opinión organizados en los últimos cuarenta años[100], han contribuido a estimular el establecimiento de la Corte Penal Internacional para crímenes contra la humanidad, acordado en Roma el 17 de julio de 1998[101]. Así se ha dado vida a una institución de garantía secundaria (D12.18) de extraordinaria importancia, que llena la laguna más evidente del derecho internacional. Sin embargo, el Tratado de Roma no ha sido ratificado por las mayores potencias. En particular, no se ha adherido a él Estados Unidos, que no ha escatimado iniciativas para sabotear su funcionamiento[102], y tampoco Rusia, China, Japón, Corea del Norte, Israel, Arabia Saudita, India, Pakistán e Indonesia. Además, se ha congelado durante al menos siete años la competencia del Tribunal sobre el «crimen de agresión», previsto en el artículo 5 b) de su Estatuto[103]. En fin, sus primeros, inciertos y tímidos pasos no permiten atribuirle, al menos a corto plazo, una efectiva capacidad de garantía. La impunidad sigue siendo, pues, la regla. Y es siempre el síntoma de una amplia inefectividad estructural secundaria (D10.55) de los derechos humanos reiteradamente proclamados en tantas declaraciones y convenciones internacionales, debida a la ausencia de garantías y de las correspondientes funciones e instituciones.

El segundo tipo de violaciones de derechos humanos antes señalado, aun opuesto en apariencia, es en realidad contiguo, porque traspasa el límite de los crímenes contra la humanidad. Me refiero al desarrollo, en muchos ordenamientos incluso avanzados, de un *derecho penal criminal*, entendiéndose «criminal» no como rasgo caracterizador de los hechos perseguidos sino del propio «derecho», a causa de sus formas abiertamente terroristas. La manifestación más vergonzosa de este derecho penal criminal es la tortura, que, como ya he recordado en el § 15.5, ha hecho una funesta reaparición en estos años en el tratamiento estadounidense de los llamados «enemigos combatientes», como instrumento para obtener confesiones y, a la vez, de intimidación general. Se trata de un modelo de tortura opuesto en cierto sentido al practicado en secreto en las cámaras de seguridad y habitualmente ocultado, negado, ignorado y olvidado por la opinión pública. En efecto, su aspecto más infame es el carácter estratégico, exhibido, codificado en manuales *ad hoc*[104], como medio de mortificación de las personas y de difusión del terror. Sólo así se explican las espantosas fotografías de prisioneros encapuchados, con los brazos en cruz e hilos eléctricos pendientes de las manos, arrastrados mediante un collar, amontonados y fotografiados desnudos y aterrorizados bajo el acoso de perros, mientras sus verdugos ríen, evidentemente seguros de su impunidad o, lo que es peor, de la legitimidad de lo que están haciendo. Es el modelo de terrorismo y sadismo penal experimentado, en obsequio a la doctrina de la «seguridad nacional», por las dictaduras latinoamericanas de los años sesenta y setenta del siglo pasado[105] y que hoy practica Estados Unidos con los sospechosos de terrorismo en

decenas de prisiones esparcidas por todo el mundo. Su objeto es sembrar el miedo entre quienes, con fundamento o sin él, resultan sospechosos de connivencia con el terrorismo, y a la vez humillar al enemigo como no-persona, fuera del derecho, que no merece la aplicación de las garantías ordinarias del correcto proceso ni las previstas para los prisioneros por el derecho humanitario de guerra. Naturalmente, a las torturas no se les llama por su nombre. Se habla de «abusos» para no admitir oficialmente el crimen.

Por otra parte, la totalidad del derecho penal de excepción edificado contra el terrorismo por la administración estadounidense después del 11 de septiembre, con la cancelación del *habeas corpus* para los no-ciudadanos americanos, los secuestros y prisiones ilimitadas sin acusación, la supresión de las garantías procesales, la institución de tribunales militares especiales, encaja, sin particulares soluciones de continuidad, en la fenomenología de los crímenes contra la humanidad[106]. Además, se trata del resultado extremo de una larga involución del derecho penal, que ha perdido progresivamente los rasgos del derecho para asumir los opuestos de la guerra y del crimen. Es un cambio de paradigma gradualmente desarrollado en la cultura jurídica, el sentido común y las prácticas institucionales: desde las legislaciones de emergencia de los años setenta a la *new penology* despiadadamente retributiva de los años ochenta, a la «tolerancia cero» de los noventa, hasta el actual *derecho penal del enemigo*. Una contradicción en los términos que, como se ha visto en el § 16.7, expresa la concepción y el tratamiento no sólo del enemigo como criminal, sino también del criminal —y antes aún del denunciado y del sospechoso— como enemigo y se resuelve, por eso, a causa de la pérdida de la asimetría entre derecho y crimen, derecho y guerra, en la negación de la forma misma del derecho penal[107]. Es la perversión extrema del «derecho», justamente aludida por Raúl Zaffaroni con la fórmula «el derecho penal y sus enemigos»[108]. Ya que la figura del enemigo pertenece a la guerra y es incompatible con el derecho, que no conoce enemigos y amigos sino sólo culpables e inocentes[109].

Por lo demás, como es habitual, en el derecho penal nunca se inventa nada nuevo. El esquema del derecho penal del enemigo no es más que el viejo esquema del «enemigo del pueblo» de staliniana memoria y, por otra parte, el nazi del «tipo normativo de autor» (*Tätertyp*). Al igual que estas infaustas figuras, tiene la función de legitimar, bajo el nombre de «derecho penal», el recurso a prácticas violentas, que, como en el modelo Abu Ghraib, subvierten todas las garantías penales y procesales. En efecto, con él se trastocan los principios de legalidad y jurisdiccionalidad en la identificación de lo que es punible, pues la identificación del enemigo o del sospechoso para neutralizarlo en vez de juzgarlo ocupan el lugar de la previsión legal y la verificación judicial del delito. Si el delincuente es un enemigo, el juez se convierte, a su vez, en «enemigo del reo», en palabras de Beccaria[110], y el proceso es la continuación de la guerra por otros medios.

Es sobre todo en este terreno donde se mide la tendencial degeneración fundamentalista de las democracias occidentales, que está poniendo en peligro el orden del estado de derecho liberal en su conjunto: no sólo las garantías penales y procesales, sino también la laicidad del derecho y de las instituciones y el universalismo de todos los derechos fundamentales de libertad y de inmunidad. Como se ha visto en anteriores capítulos, la democracia constitucional se caracteriza por tres diferenciaciones y separaciones, todas esenciales al paradigma del estado de derecho y atinentes, respectivamente, a la forma de gobierno, a la forma de estado y a la forma de derecho: la separación entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía; la separación entre esfera pública y esfera privada; la separación entre derecho y moral. En las páginas precedentes, he hablado con amplitud de la pérdida de vigor de las dos primeras separaciones y de cómo han cedido el puesto a otras tantas confusiones; un fenómeno generado por la ausencia de reglas y por la vocación de los poderes a acumularse en formas absolutas, y favorecido, en un caso, por la ideología populista de la omnipotencia de la mayoría, y, en el otro, por la ideología neoliberal de la falta de límites al mercado.

A estas dos confusiones se añade una tercera, quizá la más nefasta, el debilitamiento del principio laico y liberal de la separación entre derecho y moral, con sus corolarios representados por el principio de legalidad y las correlativas garantías de certeza, igualdad e inmunidad frente al arbitrio. Es un fenómeno no nuevo, que se replantea bajo las formas de una regresión premoderna. Si en los totalitarismos de la primera mitad del siglo pasado, la confusión sustancialista entre derecho y moral se manifestó en la reducción de la segunda al primero y en el culto idealista del Estado por obra de los diversos nacionalismos, patriotismos y estatalismos éticos, hoy parece reproducirse un riesgo análogo a través de la opuesta reducción ideológica del derecho merced a nuevos tipos de cognoscitivismo ético, tales como la valorización apriorística de las formas de la democracia, que justifica guerras éticas y lesiones de los derechos humanos para defenderlas y exportarlas; la sacralización del mercado y la asunción de la ausencia de reglas como su regla fundamental; la justificación incluso de sus efectos criminosos como costes que hay que pagar por el progreso económico y social; la asunción de la civilización y de los «valores» de Occidente como Bien absoluto que debe afirmarse y oponerse, aunque sea con la fuerza y con la guerra, al asedio de un Mal igualmente absoluto; el relanzamiento de las religiones como factores de identidad y de legitimación y el consiguiente choque de civilizaciones. En la era del llamado «fin de las ideologías», en apoyo de las involuciones de la democracia constitucional, se ha producido el más descarado triunfo de las ideologías reaccionarias —populistas, neoliberales, belicistas, racistas, integristas, clericales— provocado, de un lado, por la crisis de las viejas culturas políticas, del otro, por verdaderas y propias campañas ideológicas conducidas con el auxilio de los *media* para dar sostén a los valores de la fuerza, el mercado, el éxito, la tradición, las religiones.

En el origen de estas formas de fundamentalismo hay una regresión ideal y cultural de las sociedades occidentales, alimentada por el miedo al diferente y a la vez interpretada y secundada, como fácil base del consenso, por los gobiernos, por casi todas las fuerzas políticas y por los medios de comunicación. Gran parte de la opinión pública de los países ricos vive la globalización y sus efectos —inmigraciones clandestinas masivas, competencia de las producciones de los países pobres, empobrecimiento de los sectores medios y marginales y el mismo espectáculo de la miseria, el hambre y las enfermedades que se ceban sobre gran parte de la población mundial— como un atentado y una amenaza permanente a la propia seguridad e identidad, a los propios niveles de bienestar. De aquí que en los Estados Unidos y en Europa se hayan desarrollado movimientos racistas y xenófobos, que han redescubierto una antropología de la desigualdad fundada en la objetivación de sus culturas y comunidades locales como entidades naturales, orgánicas, unitarias y monolíticas y en la demonización de las culturas extranjeras y diversas. De aquí, también, la opción por la violencia y por la exclusión, bajo la enseña de la oposición amigo/enemigo y, consecuentemente, por la demolición de las libertades fundamentales mismas como precio necesario de una seguridad ilusoria. Es el imperio del miedo, como lo ha llamado Benjamin Barber[111], que, edificado en Estados Unidos, podría expandirse a escala global.

16.13. *D) Las violaciones de los derechos sociales. Globalización, desigualdades y políticas de muerte. El racismo*

Todavía más catastróficos son los efectos de la globalización en los mínimos vitales prometidos por la estipulación de los derechos sociales —al trabajo, la seguridad social, la alimentación, la salud, la educación— en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 19 de diciembre de 1966[112]. Ya he hecho referencia al progresivo empobrecimiento de los países pobres y al crecimiento exponencial de las desigualdades a escala planetaria debidos al desarrollo de un mercado sin reglas en ausencia de una esfera pública mundial. Se trata de una desigualdad sin precedentes en la historia. La humanidad es hoy, en su conjunto, incomparablemente más rica que en el pasado. Pero, si se mira a masas enormes y crecientes de seres humanos, es también incomparablemente más pobre. Ciertamente, los hombres son, en el plano jurídico, incomparablemente más iguales que en cualquier otra época, gracias a las innumerables cartas, constituciones y declaraciones de derechos. Pero, de hecho, son también incomparablemente más desiguales. La «época de los derechos», por usar la expresión de Norberto Bobbio[113], es también la de su más masiva violación y de la más profunda e intolerable desigualdad.

Según la comparación entre «progreso global» y «depravación global» realizada en el *Informe sobre desarrollo humano 1999*, los dos procesos

proceden en paralelo[114]. Aunque haya crecido enormemente la producción mundial de géneros alimenticios, 850 millones de personas sufren hambre, más de mil millones no tienen acceso al agua potable, 2.600 millones no disponen del agua limpia necesaria para los usos higiénico-sanitarios, y cada día mueren 3.900 niños por causa de enfermedades transmitidas a través del agua contaminada[115]. No obstante los enormes progresos de la medicina y la asistencia sanitaria y el incremento de la tasa general de educación, más de 10 millones de niños, uno cada 3 segundos —2,5 millones sólo en India, 730.000 en China, casi todos los restantes en África—, mueren cada año de desnutrición u otras causas que podrían prevenirse[116]; 38 millones de personas padecen infecciones y 3 millones mueren cada año de sida; 800 millones de adultos son analfabetos y se niega la educación elemental primaria a 115 millones de niños[117]. Además, se ha calculado que 2.500 millones de personas, equivalente al 40% de la humanidad, vive con una renta inferior a 2 dólares diarios y, de éstas, mil millones sobreviven en condiciones de «extrema pobreza», con menos de 1 dólar al día[118]; que el 54% de la renta global está en manos del 10% de la población mundial, radicada casi enteramente en los países ricos, y que bastaría el 1,6 de su renta, equivalente a 300.000 millones de dólares, para hacer salir del estado de extrema pobreza a los mil millones de personas que viven con menos de 1 dólar al día[119]; que, en particular, las mujeres, aunque su trabajo, incluido el doméstico, gire en torno al 70% del trabajo global, se benefician solamente del 10% de la renta mundial; que cada año cuatro millones de mujeres son vendidas para ser destinadas a la prostitución o a la esclavitud sexual[120]. En fin —y es el dato más espantoso— 17 millones de personas mueren anualmente, víctimas de enfermedades infecciosas, o más bien del mercado, dado que los fármacos «esenciales» que podrían curarlas están patentados y por eso resultan demasiado costosos, o, lo que es peor, no se producen porque tienen que ver con enfermedades en gran parte vencidas y que han desaparecido en los países occidentales[121].

Son datos terribles, que indican la quiebra clamorosa del proyecto de paz y del pacto de convivencia estipulados a raíz de la segunda guerra mundial; hasta el punto de hacer cada vez menos creíble que se siga hablando de igualdad y de derechos humanos, aunque sea sólo desde el punto de vista normativo. En efecto, la desigualdad ha crecido de manera exponencial en los últimos dos siglos. La diferencia de riqueza entre los países pobres y los países ricos, que era de 1 a 3 en 1820, pasó a ser de 1 a 11 en 1913, de 1 a 35 en 1950, de 1 a 44 en 1973 y de 1 a 72 en 1992[122]. La diferencia de renta entre el 10% mas rico y el 10% más pobre de la población mundial es hoy de 1 a 103[123]. Es una desigualdad escandalosa, responsable de un número de muertes superior al provocado por todas las guerras combatidas en el planeta. Es el trágico efecto de un modelo de desarrollo incontrolado que da por descontada la miseria, el hambre, las enfermedades y la muerte de millones de seres humanos sin valor: víctimas, de nuevo, de la ley del mercado que impone no pro-

ducir bienes esenciales y vitales sino, al contrario, incentivar la demanda de bienes superfluos sólo en los países ricos, alimentando consumos inútiles y despilfarros. A esto hay que añadir que el enorme incremento de la riqueza de estos países es también el fruto de la inicua acumulación producida por la explotación ilimitada del trabajo, la apertura de los mercados impuesta a los países subdesarrollados junto con el proteccionismo de los desarrollados y la apropiación por las grandes empresas de los recursos del Sur del mundo, y de los bienes comunes como el agua, el aire, los bosques, el espacio exterior, las órbitas satelitarias, las bandas del éter y los recursos minerales de los fondos oceánicos. El uso y la explotación de estos bienes y recursos comunes, si es un factor de desarrollo de los países más ricos, es también un factor de subdesarrollo y empobrecimiento de los más pobres, y por eso de la desigualdad creciente entre los niveles de vida sobre nuestro planeta. Y es que, en efecto, son bienes de todos —«patrimonio común de la humanidad», los llaman los tratados ya aludidos que los sustraen a la apropiación privada— cuya utilización requeriría, cuando menos, un resarcimiento del daño y una indemnización adecuada a los países pobres en su calidad de copropietarios.

¿Cómo se explica la tolerancia occidental de esta intolerable desigualdad y de las catástrofes que provoca? Se explica, de nuevo, con el racismo de que están animadas las políticas, o, si se prefiere, la ausencia de políticas de los países ricos. El racismo, escribió Michel Foucault hace treinta años, consiste, precisamente, en «introducir una separación entre lo que debe vivir y lo que debe morir». Es «la condición de aceptabilidad de la condena a muerte [...], la condición conforme a la cual puede ejercitarse el derecho a matar»[124]. Es, justamente, la condición que nos permite tolerar e incluso aplaudir las guerras actuales sin pérdida de vidas humanas por parte de quien las desencadena y con miles de víctimas inocentes en los países agredidos; que hace posible la aceptación de las actuales políticas contra la inmigración, incluso el drama de miles de personas rechazadas cada año en nuestras fronteras y de centenares de otras que para huir de nuestros controles mueren en el intento de alcanzar nuestros territorios; que permite a la opinión pública de nuestros ricos países soportar o al menos ignorar la muerte de millones de seres humanos al año, por hambre o por falta de medios de cura.

En efecto, sólo el racismo permite promover y practicar políticas de muerte, tanto si las víctimas son los emigrantes que tratan de penetrar en nuestras fortalezas de bienestar como si se trata de los miles de millones de seres humanos excluidos de nuestros paraísos democráticos. Racismo y políticas de muerte se alimentan recíprocamente. Las guerras en Afganistán y en Irak se emprendieron sobre todo para satisfacer la demanda de venganza indiscriminada y racista —porque incluía en el cálculo la muerte de millares de inocentes «diversos»— captada por los sondeos tras los atentados del 11 de septiembre. Y la aceptación racista de aquellas muertes ha sido a su vez secundada y legitimada por la normalización de la guerra. Más en general, las actuales políticas de exclusión

dirigidas a defender nuestros beatos tenores de vida, nuestra seguridad y nuestras incontaminadas identidades culturales, incluso al precio de la muerte de millones de seres humanos, pueden ser aceptadas en la medida en que se advierta a los excluidos como diversos y, por consiguiente, peligrosos, inciviles, enemigos, criminales o, en todo caso, inferiores. En suma, más que la causa, el racismo es el efecto de las opresiones y las violaciones institucionales de los derechos humanos que él mismo contribuye a alentar con la tácita representación de las personas oprimidas o discriminadas jurídicamente como inferiores por naturaleza. No por casualidad es un fenómeno moderno, desarrollado a partir de la conquista y la colonización del «nuevo mundo», cuando las relaciones con los «otros» fueron instauradas como relaciones de dominio que era necesario justificar deshumanizando a las víctimas como «diferentes». Que es el mismo reflejo circular que en el pasado generó la imagen sexista de la mujer y la clasista del proletario como sujetos inferiores, porque sólo de este modo se podía justificar su opresión y explotación. Riqueza, dominio y privilegio no se conforman con prevaricar, reivindican también una cierta legitimación sustancial.

Aquí se revela una doble aporía de la relación entre democracia política y democracia sustancial en la época de la globalización. La democracia política, fundada en el sufragio universal y en el principio de mayoría, tuvo un valor garantista en los países occidentales hasta el momento en que los pobres se convirtieron en mayoría. Es gracias a aquélla como en el siglo pasado las políticas clasistas de las viejas mayorías liberales quedaron en minoría, se edificó el estado social y se promovieron niveles decorosos de vida y de igualdad sustancial, con las luchas de los movimientos obreros y la consagración constitucional de los derechos sociales y al trabajo. En cambio, en las actuales sociedades occidentales llamadas «de los dos tercios» —en las que los pobres constituyen una minoría— vuelven a afirmarse políticas de exclusión dirigidas al desmantelamiento de las garantías de los derechos sociales. De este modo, la relación entre estado de derecho y democracia se ha invertido. Son las mayorías, representativas de los sectores acomodados, las que se hacen portadoras de tales políticas, mientras que los principios del estado constitucional de derecho y los derechos fundamentales asumen el valor social de leyes del más débil. De aquí el valor ya señalado de las constituciones, en garantía de los derechos de todos, incluso frente al poder democrático de las mayorías. En suma, en el pasado, en el viejo estado liberal sólo garante de los derechos civiles y de libertad, era el estado de derecho el que tenía un valor conservador; mientras que la democracia, al hacer posible la representación de una mayoría de pobres, tenía sobre todo un valor social y, en todo caso, progresista. Hoy sucede lo contrario, el estado constitucional de derecho es un factor de garantía de los sujetos más débiles frente a las tendencias conservadoras de las mayorías; y la ideología neoliberal, paradójicamente, ha descubierto el valor de la democracia rousseauniana como equivalente político de la libertad del mercado.

Pero es aún más grave la aporía de la democracia política que se manifiesta a escala global. A causa de la crisis de la soberanía de los Estados nacionales señalada en el § 16.2, de la quiebra de la coincidencia entre gobernantes y representantes, sobre todo en los países más pobres, y del desplazamiento de gran parte de los poderes de gobiernos a sedes e instituciones controladas por los países más ricos, son los representantes de las mayorías ricas de tales países los que adoptan las decisiones más relevantes para el futuro del resto del mundo. De este modo se explican las políticas subordinadas a las ideologías neoliberales que hoy prevalecen incluso entre las fuerzas progresistas de los países occidentales. Tales fuerzas están actualmente en crisis porque, en coherencia con sus principios tradicionales, la única política que deberían perseguir tendría que hacerse cargo, incluso contra los intereses de sus electores, de los problemas del hambre y la miseria en el mundo como los verdaderos, urgentes problemas a afrontar y resolver; como forma de dirigir, a medio y largo plazo, el desarrollo productivo de los países pobres, en beneficio no sólo de éstos, sino del sistema económico global en su totalidad, como se dijo en el § 13.13. Pero este género de política no es popular y por ello no puede aspirar a un consenso mayoritario, dado que equivaldría a poner en cuestión, a corto plazo, nuestros ricos y despreocupados tenores de vida, que hoy se fundan precisamente en la miseria de cuatro quintos de los habitantes del planeta. De aquí el éxito de las derechas xenófobas, racistas y, ellas sí, antiglobalistas, penosamente seguidas a su terreno por las izquierdas moderadas. De aquí también, además, la incapacidad de soportar el disenso que expresan los movimientos antiglobalización, y la represión de sus manifestaciones —en Seattle, Praga, Nápoles, Genova— con violación de todos los principales derechos de libertad: de reunión y manifestación, de palabra, de inmunidad frente a las detenciones arbitrarias y la tortura, en una palabra, del *habeas corpus*. Pues tales movimientos valen para expresar la mala conciencia de Occidente. En efecto, su protesta, dirigida a reivindicar la necesidad de modificar la agenda política y de adecuarla a los grandes problemas del mundo —la idea misma de que «otro mundo es posible»—, representa un factor de desestabilización, dado que rompe el velo de la normalidad que oculta las actuales políticas de explotación y de opresión.

De este modo se revela una vez más el nexo biunívoco no sólo entre derechos fundamentales e igualdad y entre garantías de los derechos y democracia constitucional, sino también entre universalismo de los derechos humanos y percepción de los otros como iguales; pues así como la igualdad y la comunidad en los derechos son un factor de educación civil, en cuanto estimula la percepción del diferente como igual, en cambio, la desigualdad jurídica genera la imagen del otro como inferior por naturaleza al ser jurídicamente inferior. Es un círculo vicioso, precisamente porque, excluidos del goce de los derechos, los miles de millones de seres humanos que viven en condiciones inhumanas son percibidos antropológicamente como desiguales; y, a su vez, esta percepción racista

sirve para legitimar la discriminación en los derechos. Es este racismo latente y la consiguiente falta de respeto por el diferente, aún más que la objetiva desigualdad, lo que está provocando en todo el mundo —en los países pobres y en las grandes periferias urbanas— un crecimiento del odio y del espíritu de revancha frente a Occidente y está minando las bases de nuestras propias democracias, basadas contradictoriamente en el carácter universal e indivisible de los derechos fundamentales y en la sistemática privación de su garantía a la gran mayoría de los seres humanos.

16.14. *Por una esfera pública mundial. Funciones e instituciones supranacionales de gobierno y de garantía*

Es evidente que el vacío de derecho público internacional, en el que veo el rasgo jurídico de la globalización, resulta insostenible a largo plazo en una sociedad global cada vez más frágil e interdependiente si no es al precio de ir al encuentro de un futuro de guerras y violencias capaces de poner en peligro, sobre todo, la supervivencia de nuestras propias democracias. En efecto, tenemos que preguntarnos si es realista la aspiración a la paz y a la seguridad en un mundo en el que un sexto de la población posee los cinco sextos de la renta mundial, en el que lo que se gasta en tres días en armamentos y operaciones militares equivale al monto de la inversión anual en la lucha contra el sida, que provoca al año tres millones de muertes, y cuando lo que Europa gasta en perfumes y Estados Unidos en cirugía estética supera los 7.000 millones de dólares que bastarían para proveer de agua limpia a 2.600 millones de personas y para salvar la vida de 4.000 personas al día[125].

Es la propia Carta de la ONU la que excluye esta ilusión, al instituir un nexo racional y a la vez realista entre paz y seguridad, de un lado, y derechos humanos, del otro, cuando en su artículo 55 dice que «con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones [...] la Organización promoverá: *a*) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; *b*) la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y *c*) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión». A su vez, el preámbulo de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 afirma que es «indispensable que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión». En efecto, en un mundo cada vez más integrado, el desarrollo y la creciente visibilidad de las desigualdades representa la amenaza más grave para la paz y

la seguridad de todos; porque las violaciones de los derechos, tanto más insoportables cuanto más contradicen sus solemnes proclamaciones, generan resistencia, rebelión y violencia; porque sólo con la fuerza de las armas, y por tanto con la guerra, puede defenderse un mundo fundado en una tal divergencia de riqueza y de condiciones de vida.

Por eso, poner fin a esta enorme desigualdad y a la inefectividad estructural primaria (D10.54) proveniente de la falta de garantías no es sólo un deber fundamental (D11.26) impuesto por los derechos humanos sancionados en las diversas cartas y pactos internacionales, sino también una condición indispensable para garantizar la seguridad y la paz (D12.21, T12.166). Así, más que una improbable y tampoco deseable reproducción de la forma del Estado a escala supranacional —una suerte de súper-Estado mundial, aun basado en la democratización de la ONU—, es la introducción de garantías adecuadas para tales derechos lo que se necesita para colmar la ausencia de una esfera pública global, tantas veces recordada.

A este propósito es manifiesta la extrema importancia de la distinción entre *funciones* e *instituciones de gobierno* y *funciones* e *instituciones de garantía, primarias y secundarias* (D12.11-D12.18), formulada en los §§ 12.6-12.8 y después en los §§ 14.10 y 14.12. Como se ha visto, esta distinción es un corolario del paradigma de la democracia constitucional, basada en los límites y vínculos fundamentales (D11.24, D11.25) impuestos a las funciones de gobierno, en garantía de los derechos constitucionalmente establecidos, así como en la separación de éstas de las funciones de garantía (D12.22, T12.115). Pero la misma, si constituye un rasgo esencial de las democracias constitucionales nacionales, es aún más importante y decisiva a escala global, donde lo requerido para hacer frente a los gigantescos y dramáticos problemas de la inefectividad de los derechos humanos son, precisamente, las funciones y las instituciones universales de garantía bastante más que las de gobierno.

En efecto, como se ha visto en su momento, las *funciones* y las *instituciones de gobierno*, al hallarse destinadas al ejercicio de actividades discrecionales, de opción y de innovación política en orden a la que he llamado la *esfera de lo decidible*, son tanto más legítimas cuanto más representativas y, en consecuencia, próximas al cuerpo electoral. Una democracia representativa planetaria basada en el principio de un hombre-un voto, aun sin tener en cuenta los actuales procesos de crisis de la representación política analizados en el capítulo XIV, no tendría mucho sentido. Pero, sobre todo, no es pertinente a la naturaleza de las funciones de defensa de los derechos humanos, rígidamente ancladas en los correspondientes principios universales establecidos por las cartas constitucionales internacionales, bajo la forma de normas téticas. Por consiguiente, lo que hace falta crear a escala internacional, más que funciones e instituciones de gobierno, que en garantía de su representatividad es conveniente que sigan siendo lo más posible de la competencia de los Estados nacionales y confiadas a las formas de la democracia política, son

funciones e *instituciones de garantía*, vinculadas a las garantías de los derechos fundamentales universalmente establecidos y, de este modo, a la que he llamado la *esfera de lo no decidible* (*que* o *que no*). De un lado, las funciones y las instituciones de garantía primaria, dedicadas a la tutela de los derechos de libertad y a la satisfacción de los derechos sociales (D10.39, D12.13, D12.17); de otro, las funciones jurisdiccionales de garantía secundaria, para la verificación y la reparación de las violaciones de las garantías primarias (D10.40, D12.14, D12.18). En ambos casos se trata de funciones y de instituciones que no requieren representatividad política, sino, al contrario, separación de las funciones de gobierno, ya que su ejercicio consiste en la determinación imparcial de sus presupuestos de derecho y su legitimación, en la tutela de los derechos fundamentales de todos los seres humanos, incluso frente a las contingentes mayorías. En efecto, para asegurar a todos la distribución del agua, la alimentación de base y los fármacos esenciales, o bien para prevenir y reprimir los crímenes contra la humanidad y las devastaciones medioambientales no se precisan decisiones discrecionales de mayoría sino, al contrario, intervenciones vinculadas al derecho y a los derechos a la vida y a la supervivencia.

Naturalmente, la estructura de la esfera pública global es compleja, hecha de una multiplicidad de instituciones que guardan entre sí una relación de codistribución, subsidiariedad o separación de las competencias. Como se ha dicho, actualmente está formada por una miríada de instituciones, algunas locales, otras regionales, en gran parte desconectadas y desarrolladas por acumulación, sin un claro diseño constitucional. Por lo demás, en el plano teórico, la distinción entre funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía ofrece sólo un criterio de distribución desde el punto de vista de sus fuentes de legitimación. En particular, sirve para fundar la legitimidad de las funciones internacionales de garantía, algunas de las cuales, como la tutela del medio ambiente, la salvaguarda de la paz, la lucha contra la criminalidad transnacional y la regulación de los mercados sólo pueden llevarse a cabo a escala global. Pero es claro que gran parte de tales funciones, si es cierto que han de ser promovidas, financiadas y coordinadas a escala internacional, una vez instituidas están destinadas a ser compartidas por instituciones locales, pero por razones de eficiencia y no, ciertamente, de legitimación. De otra parte, algunas funciones de gobierno son precisas necesariamente también a escala supranacional: ante todo las previstas en los capítulos VI y VII de la Carta de la ONU en orden a la valoración de los peligros para la paz y la seguridad internacional como presupuestos de las medidas necesarias para afrontarlos, hasta la extrema de la «acción coercitiva internacional»; y, en segundo lugar, las funciones relativas al diseño, financiamiento e instrumentación de las instituciones supranacionales de garantía. En suma, tanto la garantía de la paz como las de los derechos humanos requieren, al igual que todas las garantías, ambas clases de funciones e instituciones.

En cuanto a la paz, ya se ha visto en el § 16.9 que su principal garantía primaria es el desarme generalizado como presupuesto de un monopolio internacional de la fuerza, comenzando por el desarme de los sujetos privados a través de severas convenciones o resoluciones internacionales sobre la prohibición de la fabricación, el comercio y la posesión de armas. Como se ha dicho, se trataría de la medida de prevención más segura y eficaz frente al terrorismo y la criminalidad y a tantas guerras como ensangrientan el planeta. Mientras, a los fines de la tutela de la paz y de la seguridad internacional, sería necesario, al menos, introducir sus garantías secundarias y las correspondientes instituciones. En primer lugar creando, finalmente, la fuerza de policía supranacional prevista «para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional» en el artículo 47 de la Carta de la ONU y predeterminando claramente las formas de la «acción coercitiva internacional»; en segundo lugar, haciendo operativa cuanto antes la competencia de la Corte Penal Internacional también sobre el crimen de agresión previsto en el artículo 2 d) de su estatuto. En ambos casos sería preciso definir rigurosamente los presupuestos de estas dos garantías: de un lado, los conceptos de «amenaza para la paz» y de «seguridad internacional» de modo que se incluyan las masacres y genocidios como, por ejemplo, los producidos en Bosnia, Ruanda o Darfur; de otro, el concepto de «agresión armada», para distinguirla claramente de la «legítima defensa», hoy absurdamente invocada también a título preventivo en apoyo de las guerras de agresión.

En cuanto a las garantías de los derechos fundamentales, la construcción de una esfera pública internacional pasa a través de la creación o el reforzamiento de una larga serie de instituciones internacionales de garantía. En esta perspectiva, el acontecimiento más importante ha sido la entrada en funcionamiento de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad, ya recordada en el § 16.12. Su eficiencia, credibilidad e incluso su futura aceptación por parte de las potencias que, como los Estados Unidos, le han negado su adhesión por temor a ver incriminados a sus ciudadanos o gobernantes, dependerán de la movilización y del apoyo de la opinión pública internacional.

Pero, como se verá en el § 16.20, son muchas otras las instituciones de garantía, sobre todo primarias, que sería necesario introducir. Ante todo, frente a los gigantescos problemas sociales de la pobreza y el hambre tendrían que organizarse instituciones dedicadas a la satisfacción de los diversos derechos sociales previstos en los Pactos de 1966. Algunas de estas instituciones, como la FAO y la Organización Mundial de la Salud, existen desde hace tiempo, y se trataría, sobre todo, de dotarlas de medios y de poderes necesarios para sus funciones de distribución de las prestaciones alimentarias y sanitarias. Otras —en materia de tutela del medio ambiente, garantía de la educación, la privacidad, la vivienda y otros derechos vitales— tendrían que ser primero proyectadas y luego instituidas. En cuanto a las garantías secundarias habría que añadir a la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad otras

jurisdicciones obligatorias, aunque subsidiarias respecto de las estatales, en materia de trabajo y derechos civiles y sociales. Por último, el paradigma constitucional internacional debe comportar el establecimiento de una jurisdicción de constitucionalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad.

En fin, para la construcción de una esfera pública internacional, es indispensable introducir una *fiscalidad mundial*, es decir, un poder impositivo supraestatal dirigido a la exacción de los recursos necesarios para financiar, con las instituciones de garantía, una política social internacional fundada en los derechos y no (sólo) en las ayudas. Tal es la dirección en la que se orienta la propuesta de la tasa Tobin sobre las transacciones internacionales que han hecho suya los movimientos antiglobalización[126]. Pero, a tenor de principios elementales del derecho privado en temas de daño y de copropiedad, estaría aún más justificado imponer a las empresas de los países más ricos un resarcimiento, o mejor, una compensación por el enriquecimiento injusto proveniente del uso y la explotación, cuando no del daño ocasionado a los llamados *bienes comunes* de la humanidad; como las órbitas satelitarias, las bandas del éter y los recursos minerales de los fondos oceánicos, actualmente utilizados a título gratuito como si fuesen *res nullius* y no «patrimonio común de la humanidad», según lo establecido por las convenciones internacionales sobre el mar y sobre los espacios extraatmosféricos[127]. En la misma perspectiva se inscribe, en fin, la propuesta avanzada por Joseph Stiglitz en el sentido de ofrecer una compensación a los países pobres para la conservación —y no para el consumo, que es lo que correspondería en la lógica del mercado— de bienes fundamentales como los bosques y la biodiversidad, indispensables para salvaguardar los equilibrios ecológicos del planeta[128].

16.15. *Del derecho internacional al derecho cosmopolita. El paradigma del constitucionalismo y del federalismo global*

El esquema de ordenamiento internacional delineado antes refleja claramente el modelo federal ilustrado en el §12.19, reproduciendo sus requisitos: *a*) la distinción y la articulación multinivel entre instituciones supranacionales o federales e instituciones estatales o federadas; *b*) la presencia no simplemente de normas, sino de fuentes supranacionales sobre la producción de normas, destinadas a entrar directamente en vigor en los ordenamientos estatales (D12.42). Así pues, conforme a la hipótesis avanzada en el § 16.1, frente a la idea de un globalismo jurídico unicéntrico y monista, aquél corresponde a un cosmopolitismo jurídico policéntrico y pluralista basado principalmente en la distinción entre funciones particularistas de gobierno, legitimadas por la representatividad política tal y como resulta asegurada sobre todo por las instituciones estatales o infraestatales, y funciones universalistas de garantía, legiti-

madas por la tutela igual de los derechos de todos que sólo puede ser promovida y eficazmente asegurada por instituciones supranacionales.

Se trata de un diseño bien lejano de la actual estructura de la ONU, que corresponde, si acaso, a un débil modelo confederal (D12.44), caracterizado únicamente por la presencia de normas —como la prohibición de la guerra y los derechos humanos— comunes a todos los Estados parte, pero casi del todo carentes de garantías idóneas. Hoy, de hecho, las funciones de gobierno mundial están en manos y las ejerce sobre todo un gobierno local, el de la superpotencia estadounidense; cuando resulta que las funciones de garantía —donde tengan que ver con agresiones globales a derechos y a bienes fundamentales como la paz, la seguridad, la subsistencia y la protección del medio ambiente— son prácticamente imposibles a escala local, mientras que, de otra parte, en el plano internacional carecen de las correspondientes instituciones de garantía. Frente a los que temen un supergobierno mundial en la ONU y en su posible reforzamiento, y por eso defienden las viejas soberanías nacionales, es fácil objetar que hoy tenemos una mezcla de *bellum omnium*, es decir, de anarquía planetaria, y de gobierno global —el local de Estados Unidos— con las desventajas de uno y otro, ya que el actual Leviatán, por defecto de legitimación y por incapacidad de gobierno, no puede garantizar la paz, al ser él mismo el principal factor de guerra, y menos aún colmar el vacío de esfera pública internacional.

De otra parte, la soberanía de los viejos Estados nacionales, además de padecer una crisis irreversible de hecho y de derecho, es lógicamente incompatible con cualquier «ordenamiento» internacional, antes incluso que con cualquier hipótesis de democracia cosmopolita. Por lo demás, el Estado nacional es sólo una formación histórica y espacialmente determinada. Nacido en Europa hace pocos siglos como factor de integración y de pacificación interna y fundamento institucional del estado de derecho y de la democracia, como se ha dicho en el § 16.10, ha visto reducirse sus funciones, convirtiéndose no sólo en un factor de guerra externa y a veces de disgregación interna, sino también en el principal obstáculo a la integración política y jurídica supranacional.

Por eso, la única alternativa racional a la actual regresión del orden internacional a la guerra global infinita como instrumento de gobierno de una sola superpotencia es la transformación gradual del actual y en parte fallido modelo confederal de derecho internacional en un modelo federal; como escribieron Hamilton y Kant, el único apto para garantizar la paz y los derechos fundamentales de todos los seres humanos del planeta[129]. Por lo demás, esta transformación viene impuesta como deber fundamental (D11.26) por el propio derecho internacional vigente. Según establece el párrafo 3.º del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, es «esencial que los derechos humanos sean protegidos por normas jurídicas», es decir, por las correspondientes garantías positivas y negativas, primarias y secundarias. Y el artículo 28 de la Declaración añade: «Toda persona tiene derecho a que se establezca

un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos».

Así pues, existe la obligación jurídica de colmar las actuales lagunas de garantías, así como las de las correspondientes funciones e instituciones, que hoy vician el orden internacional resolviéndose en otros tantos factores de ilegitimidad del mismo. Se trata de una obligación no sólo universal (*omnium*) de todos los Estados y de las Naciones Unidas, sino también absoluta (*erga omnes*), dado que vincula a los Estados no sólo frente a sus pueblos y ciudadanías, sino frente a todos los pueblos y todos los seres humanos del mundo. Es, por consiguiente, un principio de solidaridad, a la vez activa y pasiva, que consiste en los deberes absolutos de garantía que conciernen a los primeros (T10.230-T10.231), que son correlativos a los derechos universales de los que son titulares los segundos (T10.222-T10.223). Es en este universalismo de los derechos fundamentales y en este absolutismo de sus garantías donde reside la indivisibilidad de unos y otras y, a la vez, la indivisibilidad de la democracia articulada conforme a ellos en sus diversas dimensiones. Y la razón social del nuevo orden mundial ya hoy diseñado en las cartas constitucionales está en la construcción de una esfera global que de este modo sea garante de la paz y de los derechos humanos.

Es obvio que esta esfera pública internacional no podrá ser nunca creada por el mercado. Es algo sobre lo que no cabe hacerse ilusiones. Se puede estigmatizar como inmorales y acaso como criminales a las agresiones de las actividades industriales contaminantes a la ecosfera o las opciones de las empresas farmacéuticas que impiden el acceso de millones de enfermos a fármacos esenciales. Cabe incluso reconocer que la construcción de una esfera pública global a la altura de las dimensiones globales del mercado corresponde, de modo parecido a la formación de los Estados nacionales en los orígenes del capitalismo, a los intereses de conjunto y a largo plazo del propio mercado. Pero es absurdo suponer que las empresas puedan hacerse cargo espontáneamente de la protección del medio ambiente o de los derechos de todos a la salud. Aunque las finalidades de la esfera pública —de la paz a la seguridad, de la tutela de los bienes y derechos fundamentales a la misma garantía de la competencia— se den en el interés vital de todos y, por ello, también del mundo de los negocios, es claro que aquéllas, por su naturaleza, no pueden ser conseguidas con medios privados, sino sólo con medios públicos. En efecto, la esfera pública es una esfera heterónoma (T11.144) y sólo puede ser producida por la política con su capacidad de regular y gobernar la economía invirtiendo el actual sometimiento de la primera a la segunda.

Pero hoy, por el contrario, y como se ha dicho en el § 16.10, es la contratación privada, elaborada por las grandes empresas y sus estudios de abogados, la forma prevalente de la producción normativa a escala global. Incluso las cuotas de contaminación máxima previstas para cada Estado por el Protocolo de Kyoto han sido monetarizadas y convertidas en negociables entre Estados, únicamente preocupados en favorecer a

sus empresas[130]. Es otra forma de reducción del derecho a mercancía, que se suma a la de los ordenamientos ilustrada en el § 16.11, patente en la transformación del deber fundamental (D11.26) de no contaminar el medio ambiente dentro de determinados límites en el derecho patrimonial disponible (D11.19) de contaminarlo dentro de tales límites. En efecto, un Estado que quiera contaminar más de lo que le permite la cuota que tiene asignada, puede comprar a otro país la cuota de contaminación que éste no utiliza. Por lo demás, ese tanto de esfera pública edificado tras el nacimiento de la ONU consiste en una red intrincada y confusa de instituciones, en un complicado laberinto formado por sucesivas acumulaciones y estratificaciones en el que sólo saben orientarse, huyendo de la visibilidad aún antes que de los controles, las grandes empresas que disponen de aguerridos equipos de abogados. La «disgregación» de las esferas públicas estatales, articulada en estructuras de tipo jerárquico y piramidal, en ausencia de todo diseño constitucional, ha sido sustituida por un conjunto fragmentario, inorgánico y heterogéneo de organizaciones públicas y parapúblicas, supra-, inter- o transnacionales —se calcula un número de 1.850[131]— caracterizadas por «una estructura puntiforme y reticular» y obviamente incapaces de gobernar un sistema económico desterritorializado, integrado por no menos de 250.000 empresas multinacionales (*stateless firms*)[132].

De este modo, la globalización actual está configurándose, también bajo este aspecto, como una regresión del derecho a sus formas premodernas. El pluralismo de los ordenamientos, su concurrencia, la confusión y la anarquía de las fuentes que caracterizan el actual orden de relaciones entre Estados, instituciones supranacionales e instituciones internacionales, recuerdan los fenómenos análogos que connotaron a los sistemas jurídicos premodernos, igualmente caracterizados por la convivencia en un mismo territorio y por la sujeción de las mismas personas a varios ordenamientos, de la Iglesia, el Imperio, los principados, las municipalidades, las corporaciones y similares. Sólo que hoy el orden internacional dispone de la que he llamado una constitución embrionaria —la Carta de la ONU y las diversas cartas de derechos— que anticipa normativamente el paradigma de un constitucionalismo global. Por ello, la construcción de una esfera pública y de una democracia global podría desarrollarse según un proceso opuesto al seguido por las democracias constitucionales en los ordenamientos nacionales. El del estado constitucional de derecho ya no como plena realización del estado legislativo de derecho, sino, al contrario, como su presupuesto, es decir, como proyecto normativo que impone la refundación del derecho internacional por el cauce de una legislación de actuación basada en la distribución multinivel de las fuentes y de las competencias, en la separación entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía, en la rehabilitación, en fin, del principio de legalidad como límite y vínculo de todos los poderes, tanto públicos como privados. Naturalmente, este proyecto universalista comporta también dificultades enormes en el pla-

no teórico-jurídico. Pero las dificultades y los obstáculos, más que de carácter jurídico, son de naturaleza política, derivadas de la falta de disposición de las grandes potencias y las grandes empresas multinacionales a someterse a los límites y vínculos que una esfera pública heterónoma llevaría consigo, tales como el monopolio jurídico de la fuerza en manos de la ONU y la creación de adecuadas instituciones internacionales de garantía primaria y secundaria de los derechos fundamentales.

Por otra parte, en el plano teórico, la principal cuestión es la de la correspondencia entre la naturaleza de los problemas y el nivel de las competencias, ya que las diversas garantías de los diversos derechos requerirán la creación de instituciones, precisamente, a su nivel. En los niveles superiores, los de las instituciones supranacionales y tendencialmente federales, a tenor del principio de subsidiariedad, deberían confiarse únicamente las competencias y funciones que no pueden ser ejercidas por las instituciones de nivel inferior, ya sean estatales o infraestatales, a su vez tendencialmente federadas. Es claro que la paz, el desarme, la protección de los equilibrios ecológicos del planeta, la tutela frente a las opresiones estatales, la promoción y el financiamiento de las instituciones de garantía de los derechos sociales en los países que carecen de ellos, son todas cuestiones de ámbito global que requieren funciones e instituciones de garantía de nivel asimismo global; mientras que se remiten a la autonomía de los Estados y de las instituciones infraestatales todas las demás funciones de gobierno y de garantía.

Por eso, la construcción de una esfera pública global conforme al paradigma federal obliga a repensar el Estado y el orden internacional. No implica una reducción del papel garantista de los Estados, sino, al contrario, su integración en los niveles supraestatales, allí donde ese papel sea negado, violado, impedido o debilitado por los actuales procesos de globalización. Si los propios Estados, a los que competen los deberes correlativos a los derechos fundamentales, violan estos derechos o son estructuralmente impotentes para garantizarlos, entonces las correspondientes funciones de garantía deben ser asimismo extraestatales, es decir, quedar confiadas a instituciones supranacionales. En suma, la superación de la vieja soberanía de los Estados, en el sentido de *potestas legibus soluta*, es un corolario de cualquier ordenamiento internacional, tanto más si éste se ajusta a las formas garantistas de la democracia constitucional. Esto significa que hoy no es posible una fundación de la democracia internacional sin una refundación interna de nuestras democracias occidentales; y que, a la inversa, no es posible una refundación de las democracias nacionales sin una fundación democrática del orden internacional. Además, significa que ambas refundaciones comportan un aumento de la complejidad de la esfera pública a causa de las múltiples relaciones —de subsidiariedad, división, separación— entre los diversos niveles institucionales. Se trataría del último y más difícil cambio de paradigma del derecho, después de los ilustrados en el § 13.6: la extensión del paradigma de la democracia constitucional al derecho internacional.

16.16. *Por un constitucionalismo y un federalismo global multinivel*

Repensar hoy el Estado y el orden internacional en la perspectiva de la democracia constitucional significa repensar los *topoi* del constitucionalismo y del garantismo, es decir, de las garantías requeridas frente a todos los poderes, en sus diversos niveles, para la tutela de los derechos fundamentales normativamente establecidos en cada uno de ellos. Es verdad que históricamente las garantías de tales derechos nacieron y permanecen ligadas a la forma Estado como «estado constitucional de derecho». Pero este nexo histórico entre Estado y derechos fundamentales es contingente y no refleja ninguna necesidad de tipo teórico, según se ha demostrado en el § 16.10. El Estado está actualmente en crisis, por arriba y por abajo, por los procesos externos de integración supranacionales y por los internos de autonomización regional, o, lo que es peor, de desintegración violenta. Sin embargo, el paradigma garantista del estado de derecho es aplicable a cualquier ordenamiento. La llamada falacia de la *domestic analogy*, repito, consiste en no admitir otro constitucionalismo posible que el estatal. Por eso la crisis sólo puede ser superada en sentido progresivo si se toma conciencia de la creciente pérdida de importancia de esas formaciones históricas que son los Estados soberanos y se desplazan los espacios de las garantías constitucionales haciéndolos coincidir con las sedes políticas y decisionales en sus diversos niveles.

Un constitucionalismo multinivel sin Estado —más allá del Estado— supone por tanto la superación de cualquier concepción monista del derecho, ya sea estatal o internacional, así como de su concepción dualista, basada en la concepción del ordenamiento internacional y de los ordenamientos estatales como ordenamientos no sólo originarios sino también aislados e independientes. Como se dijo en el § 16.1, estas concepciones son desmentidas por el ir a menos, de derecho y de hecho, de la soberanía de los ordenamientos estatales, sin que pueda hablarse de su integración en un único ordenamiento internacional. Por el contrario, la construcción de una esfera pública global supone el reconocimiento del pluralismo de los ordenamientos, no sólo estatales sino también inter- y supranacionales, y el desarrollo de los elementos embrionarios de federalismo que, como dije entonces, están ya presentes en el actual derecho internacional, si bien dentro de un orden prevalentemente confederal. Me refiero no sólo a la adhesión de la casi totalidad de los Estados a la ONU, sino también a la presencia, en la mayor parte de los ordenamientos estatales, de normas que reciben las del derecho internacional general y consuetudinario, comenzando por la Declaración Universal de 1948 y las demás convenciones y pactos sobre derechos humanos. Desde este punto de vista, son ejemplares los artículos 2, 10 y 11 de la Constitución italiana, según los cuales «la República reconoce los derechos inviolables del hombre», que, evidentemente, son por lo menos todos los sancionados en las convenciones internacionales; «se acomoda a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas», eleva-

das de este modo al rango de normas constitucionales; en fin, «acepta, en condiciones de paridad con los demás Estados, las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones». En suma, la evolución de la actual Organización de las Naciones Unidas en sentido federal está inscrita en sus propias normas constitucionales, así como en las normas estatales que las reciben. A partir del proyecto normativo trazado por el derecho internacional y el constitucional vigentes, es posible avanzar algunos elementos estructurales de esta evolución.

El primero de ellos, idóneo para asegurar algún grado de coherencia y de unidad a una democracia constitucional multinivel, es el reservado a las constituciones, un espacio autónomo y supraordenado a todos los demás. Precisamente, el nivel de las normas sobre la prohibición de la guerra y sobre la atribución de los derechos humanos, superior al de los distintos ordenamientos o sistemas de fuentes estatales, infra- y supraestatales, coordinados en diversos grados y formas. Este espacio autónomo y supraordenado podría explicitarse a través de la generalización del principio de los «niveles de protección», sancionado para la Unión Europea por el artículo 53 de la Carta de Niza, conforme al cual, en cada ordenamiento, prevalece siempre el nivel de protección constitucional más garantista[133]. Pero en todo caso, está lógicamente asociado al carácter de *Grundnorm* de la prohibición de la guerra puesto de relieve en el § 16.4 y, aún con más claridad, a la forma universal de los derechos fundamentales, en virtud de la cual, como se dijo en los §§ 13.3, 13.7 y 13.9, tales derechos, una vez estipulados positivamente, pertenecen a sus titulares, que no pueden sufrir menoscabo de los mismos y menos aún ser privados de su ejercicio por ningún poder. Es, pues, evidente que, en los ordenamientos dotados de constituciones rígidas que reciben los derechos humanos en cuanto normas del derecho internacional general y consuetudinario, tal nivel supraordenado está reforzado por el rango constitucional de las correspondientes normas de recepción.

El segundo elemento —consiguiente al primero y, precisamente, al desnivel normativo entre derechos fundamentales, y, tratándose de derechos activos, los efectos normativos de su ejercicio— es la jerarquía de las fuentes generada por nuestro cuadrilátero de las libertades tal como ha sido ilustrado en los §§ 1.6, 11.6 y 15.1. De donde se sigue, en particular, frente a la actual configuración como derechos de libertad de los derechos civiles de autonomía que dan fundamento al mercado, el reconocimiento del carácter de poderes de tales derechos y de la subordinación de su ejercicio a los derechos primarios fundamentales, tanto de libertad como sociales (T12.133-T12.134). Tras la constitucionalización del derecho internacional producida con la estipulación del principio de la paz y de los derechos humanos en sus cartas estatutarias, estatales e internacionales, el paradigma constitucional se ha unido en el plano normativo con la norma federal, cierto que sólo potencialmente asumida por el orden internacional (T12.196).

El tercer elemento, conectado a su vez con los dos primeros, es el desarrollo de una legislación de actuación del principio de la paz y de los derechos fundamentales internacionalmente estipulados, apta para refundar el derecho internacional sobre el principio de legalidad en las dos acepciones ilustradas en los §§ 9.1, 9.3, 9.7 y 9.13. Sobre el principio de mera legalidad, en virtud del cual todos los actos prescriptivos con los que se ejerce cualquier poder (T10.3) están sujetos a normas formales (T9.27, T9.92, T9.205, T10.19); y sobre el principio de estricta legalidad conforme al cual tales actos están además sujetos a normas sustantivas sobre su producción (T9.28, T9.93, T9.206, T10.30-T10.32, T12.129-T12.130), como son las de rango constitucional. Tal es la base sobre la que puede construirse una esfera pública global como esfera de los intereses generales, comenzado por los derechos fundamentales de todos, y a la vez como esfera institucional heterónoma, separada de las esferas autónomas de los intereses y los poderes privados y particulares y supraordenada a éstas.

El cuarto elemento, igualmente en conexión con los otros tres, tiene que ver con la primacía en el derecho internacional de las funciones y las instituciones de garantía en relación con las funciones de gobierno, unas y otras ligadas por una relación de subsidiariedad a las correlativas funciones, estatales e infraestatales. En efecto, por una parte, las funciones de gobierno están limitadas por la esfera de lo indecidible, tutelada por las funciones e instituciones de garantía. Por otro, mientras que las funciones de gobierno, al estar legitimadas por la representatividad política, deben desplazarse lo más posible al plano local y reducirse, en el internacional, a las únicas funciones de promoción, financiamiento y coordinación, las de garantía precisan de un desarrollo muy diferente al cifrarse en la aplicación sustancial de las garantías primarias y secundarias existentes (D12.12), y su legitimación no es político-representativa sino sólo garantista. A partir de estos presupuestos se entiende el nexo, enunciado en el parágrafo precedente, entre la creación de una esfera pública global y la defensa y la refundación de las esferas públicas estatales y, por consiguiente, entre el futuro de una democracia internacional y el futuro de las democracias nacionales. En efecto, la crisis de la soberanía de los Estados y los procesos conexos de globalización son fenómenos virtualmente progresivos y no regresivos a condición de que en ellos, en contra de lo que ha sucedido hasta ahora, no entren en quiebra sino que, por el contrario, resulten ampliados e integrados el papel del principio de legalidad y las sedes y las formas de las garantías constitucionales.

De ahí el quinto elemento del paradigma constitucional de nivel internacional. El rasgo distintivo del modelo federal, según fue definido en el § 12.19 (D12.42-D12.43, T12.196), es la articulación multinivel de la esfera pública y de los poderes públicos, que viene a añadir, a la tradicional *separación horizontal* entre funciones de gobierno y funciones de garantía, la *división* y/o la *separación vertical* entre niveles federales y niveles estatales. Bajo este aspecto el federalismo no es sólo una ga-

rantía de la paz entre las instituciones federadas. Es también un factor de limitación de los poderes públicos y, en particular, de las funciones de gobierno, cuyos procesos de personalización, verticalización y concentración, analizados en los §§ 14.5 y 14.6, contribuye a neutralizar o, al menos, a compensar. En efecto, al multiplicar los centros de poder y distribuir sus competencias —por división o por separación— entre varios niveles, centrales y periféricos, actúa como el mejor antídoto de las involuciones monocráticas de nuestras democracias y de sus inclinaciones organicistas y populistas nunca erradicadas.

Como ha escrito Norberto Bobbio, comentando la tesis de Carlo Cattaneo, bajo este aspecto el federalismo es también una «teoría de la libertad civil y de la democracia[134]. En primer lugar porque representa «la más válida garantía de la libertad civil y de la libertad política» frente a los peligros del «estado unitario», cuyo carácter «opresivo en cuanto nivelador de las diferencias, [y] despótico por concentrador», asustaba a Cattaneo; en segundo término porque «en su sentido más maduro y ciertamente más moderno, lleva a un incremento de libertad política en la dirección de una genuina democracia, ya que la multiplicidad de los centros autónomos presupone y promueve una mayor participación de los ciudadanos en la cosa pública», traduciéndose en una «multiplicación de las instituciones de autogobierno»[135].

Hay además dos condiciones necesarias para que el paradigma federalista, transferido al sistema de las relaciones internacionales, desempeñe un papel garantista de la paz, la democracia y los derechos fundamentales. La primera es que en él no prevalezcan las connotaciones estatalistas propias del Estado federal. Como se recordará, en el § 12.19 he distinguido entre «Estado federal» y «federación» en sentido propio, aunque sin trazar una precisa línea de separación entre ambos, imposible en el plano teórico[136]. El Estado federal es poco más que una variante del viejo Estado nacional soberano, no muy diversa de los Estados articulados en autonomías regionales o en comunidades autónomas, como, por ejemplo, Italia y España. Basta pensar en Alemania, Suiza, Bélgica y, sobre todo, en Estados Unidos, convertido en una superpotencia militar con vocación imperial y belicista. En cambio, la federación es una red de relaciones entre ordenamientos federados, cuyo grado de federalismo con respecto al modelo estatalista se mide por el grado de división y de separación de los poderes entre los diversos niveles y, por eso, por la ausencia de poderes supremos, más aún de poderes absolutos. Y, aparte de atribuir a las instituciones federales tan sólo las funciones de gobierno y de garantía estrictamente necesarias, requiere que la forma de gobierno federal sea la parlamentaria, y no la presidencialista, y también que los órganos de gobierno tengan una composición colegial y no monocrática.

La segunda condición tiene que ver con las razones y la base social de la federación. Michelangelo Bovero y Ermano Vitale han distinguido dos tipos de federalismo, uno de tipo comunitarista y organicista, basado en la reivindicación de identidades culturales homogéneas y recí-

procamente excluyentes como fundamentos de las instituciones federadas; y el de tipo individualista y contractualista, basado, en cambio, en el pacto constitucional mediante el que se estipulan, en el plano federal, las instituciones de algunas funciones de gobierno, el principio de la paz y la garantía igual de los derechos fundamentales de todos. El primero, reivindicado por movimientos nacionalistas o localistas dentro de Estados unitarios, es un federalismo «para dividir». El segundo, realizado a través de la institución de órganos federales comunes a varios Estados miembros y de la garantía de iguales derechos, es, en cambio, un federalismo «para unir»[137]. Es claro que sólo este segundo tipo de federalismo es una «teoría de la libertad y de la democracia». Y que sólo él representa un modelo de refundación de la democracia constitucional a escala supranacional, en cuanto reproduce y desarrolla en este plano el paradigma pacticio y garantista de la constitución y de los derechos fundamentales como límites y vínculos a los poderes de otro modo salvajes, leyes del más débil, fundamentos de la paz y de la igualdad.

16.17. *El modelo Europa. La igualdad en los derechos como fuente de legitimación del proceso constituyente europeo*

Estas dos condiciones son satisfechas por el que es, sin duda, el mayor experimento político del último medio siglo: el proceso de integración jurídica y política de Europa[138]. Después de siglos de guerra permanente, en el continente que vio nacer a los Estados nacionales se está experimentando la máxima desestructuración y reforma de los mismos en sentido supranacional. Y en oposición a la crisis del proceso de integración y pacificación desde arriba diseñado por la Carta de la ONU, se está desarrollando un proceso de integración desde abajo, fundado, primero, en la creación de un mercado y una moneda comunes y luego en la tendencial unificación jurídica y en el universalismo de los derechos fundamentales. El proceso es fruto de las duras lecciones de la historia, que —al igual que el paradigma de la democracia constitucional y el proyecto de las Naciones Unidas— ha llegado a madurar como consecuencia de la catástrofe de la segunda guerra mundial y de la común lucha de liberación de los pueblos europeos del nazi-fascismo[139].

La legitimidad política de este proceso, cuya coronación sería la aprobación de una constitución europea, está encontrando diversos focos de contestación con el argumento de que faltaría la primera, elemental condición: la existencia de una base social unitaria, de vínculos prepolíticos y tradiciones comunes de un «pueblo europeo» dotado de suficiente homogeneidad social y cultural[140]. En el § 13.10 he criticado ya estos argumentos euroescépticos, tras de los cuales es fácil reconocer la concepción comunitaria y organicista del federalismo y del constitucionalismo señalada y criticada también en el parágrafo precedente. Aquí me limitaré a añadir que existe un pueblo europeo bastante más

de lo que pueda existir una clase dirigente europea; y buena prueba de ello serían las grandes manifestaciones de estos años contra la guerra de Irak bajo la enseña de los valores de la paz y la legalidad internacional. En todo caso, las diferencias de lengua, historia, intereses económicos y culturas políticas que dividen a los numerosos pueblos europeos, más que justificar la tesis euroescéptica de quienes consideran imposible y, en cualquier caso, no deseable una constitución común, sirven para fundar la tesis, precisamente opuesta, de su necesidad.

Aquí vuelve a ponerse de relieve la cuestión de los fundamentos de la legitimidad democrática de las constituciones, ya examinada en el § 13.10. Una constitución es legítima y necesaria no por ser el producto o el reflejo de una supuesta voluntad popular, o, como escribiera Carl Schmitt, la expresión orgánica de la «unidad política de un pueblo»[141]. Por el contrario, su legitimidad reside en el pacto mismo de pacífica convivencia entre subjetividades políticas, culturales y sociales diversas y virtualmente en conflicto, instituido con ella; pacto que, gracias a la universalidad de los derechos fundamentales que estipula, sirve para garantizar a todas una tutela, respeto y valor equivalentes. A su vez, la integración política, es decir, la existencia de un pueblo y una esfera pública europea, no es el presupuesto sino el efecto de la constitución, que es *constitutiva* de la unidad política y de ese tanto de identidad colectiva de un pueblo que merece ser perseguida. Por ello, no es cierto que no hay constitución sin pueblo. La verdad es lo contrario, que no hay pueblo sin constitución. En efecto, también hay que rechazar, por su incompatibilidad con el paradigma del constitucionalismo democrático, la concepción organicista del pueblo como «cuerpo político», que se remonta a Rousseau y, antes aún, a Locke, fue recogida por Kant y que, a través de la doctrina alemana del derecho público[142] ha llegado a los actuales euroescépticos. La «unidad de un pueblo», en el único sentido de esta expresión que es compatible con el paradigma garantista, no es más que la igualdad en derechos de quienes forman parte del mismo: la *par condicio civium*, los *iura paria*, el *vinculum iuris* generado, como escribió Cicerón hace más de dos mil años, por una común *lex aequitas* que hoy se identifica, precisamente, con la constitución como suscripción de un pacto de igualdad en los derechos fundamentales y garantía de no agresión y de mutua solidaridad[143].

Pero existe un segundo orden de razones que hace urgente la aprobación de una Constitución europea digna de este nombre: es la defensa de nuestras propias democracias nacionales, de las que es una condición necesaria. Vivimos ya en un ordenamiento europeo jurídicamente integrado. Más de la mitad de nuestras leyes —el 60 o el 80%, según se ha calculado[144]— son directa o indirectamente producidas por órganos comunitarios escasamente representativos, como el Consejo de Ministros y la Comisión, y están sometidas, no a un efectivo control de constitucionalidad sino a un simple juicio de conformidad a las normas de los tratados. Así, el déficit democrático y constitucional de Europa se traduce

en un déficit de democracia y garantías constitucionales de nuestros propios ordenamientos estatales. En efecto, pues del incompleto proceso de constitucionalización de la Unión se sigue el debilitamiento de la representatividad política de los efectivos poderes de gobierno y de producción legislativa, debido a la mayor distancia entre los ciudadanos y los órganos normativos comunitarios, de los cuales, por otra parte, los más relevantes no son de directa elección popular; por la escasa influencia de los parlamentos nacionales sobre las opciones de sus gobiernos en la participación en procesos decisionales complejos; por la ausencia de partidos políticos europeos, y por la desinformación y el desinterés en los asuntos comunitarios tanto de la clase política como de la opinión pública.

Pero, mientras no se apruebe una constitución a la altura de los nuevos poderes, resultarán comprometidos la unidad y la coherencia del sistema de fuentes y el papel garantista de las constituciones estatales en relación con las normas comunitarias. En efecto, estas normas no sólo entran directamente en vigor en los ordenamientos nacionales, sino que, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia, están jerárquicamente supraordenadas a todas las normas de derecho interno, incluidas las constitucionales[145]. Así sucede que normas que no son leyes, en vez de estar subordinadas a la ley, son superiores a ella e incluso gozan de aptitud para derogar las constituciones nacionales; con el efecto no sólo de incrementar la inflación y la confusión normativa, sino también de abrir espacios de poder no sujetos a la ley, en contradicción con el paradigma del estado de derecho. Es claro que este déficit democrático y constitucional sólo podrá colmarlo una Constitución europea más avanzada que todas las diversas constituciones nacionales. En efecto, sólo así se evitarían aporías y antinomias como las generadas por normas comunitarias válidas conforme a la Constitución europea pero inválidas según alguna de las constituciones nacionales.

Debo añadir que una efectiva integración jurídica europea no podrá limitarse a emanar una constitución, a superponer las fuentes comunitarias a las estatales y al papel cada vez más decisivo atribuido al Tribunal Europeo de Justicia y a las diversas jurisdicciones nacionales en virtud de semejante maraña de fuentes y de competencias. Aquélla requiere además una integración legislativa, que vaya mucho más allá de las tradicionales materias económicas de competencia de la Unión. En particular, no hay ninguna razón para que sigan existiendo en la Unión veinticinco códigos y sistemas de derecho civil y otros tantos de derecho penal sustancialmente similares, y no se llegue a una codificación civil y penal europea, al menos en las materias de carácter comunitario[146]. De ésta obtendrían ventaja no sólo la tutela de los derechos y el proceso de unificación jurídica y política, sino el mismo librecambio, la certeza de los tráficos y la protección de los intereses y los bienes comunitarios que también se cuentan entre las competencias y los objetivos originarios de la Unión. En definitiva, sobre todo si se confiriesen funciones legislativas al Parlamento Europeo, sería posible una refundación a escala europea

del principio de legalidad, como alternativa a las actuales tendencias a la formación de un derecho comunitario jurisprudencial confusamente trenzado con los ordenamientos estatales. Y, precisamente, la Constitución europea puede contribuir a esta refundación, en la medida en que, a través de los derechos garantizados, diseñe un espacio público que vaya más allá de las escasas materias previstas en los tratados.

En fin, hay una tercera razón que hace hoy políticamente importante la aprobación de una Constitución europea. Tiene que ver con el papel que el proceso de integración y constitucionalización de la Unión puede asignar a Europa en el plano internacional. En general, todo proceso de integración jurídica y política de pueblos y países diversos es un fenómeno progresivo, dado que de cualquier modo va en la dirección de la igualdad y de la paz. Pero lo es tanto más el proceso de unificación y constitucionalización de Europa; no sólo por la historia secular de guerras que ésta tiene a sus espaldas, sino también porque este proceso, en muchos aspectos, puede proponerse al resto del mundo como un modelo de refundación de la democracia.

Ante todo en el plano del método. Lo que estamos experimentando es un proceso de integración entre culturas y experiencias históricas diversas dirigido a la construcción de una comunidad supraestatal que se quiere fundada en la paz, la garantía de los derechos y la igualdad. Se trata de un proceso gradual, sin precedentes en la historia, al haberse desarrollado sin guerras de anexión, invasiones ni colonizaciones, sino, al contrario, sobre la base de la adhesión espontánea de cada vez nuevos países al proyecto unitario basado en el respeto de parámetros no sólo económicos sino también jurídicos y políticos, como las formas de la democracia política, la abolición de la pena de muerte, la garantía de los derechos fundamentales. Tal es el primer aspecto que hace de este proceso de integración —bajo la forma de la «federación» en sentido propio, y no ciertamente del «Estado federal»— un modelo de referencia en el actual mundo globalizado; de un lado, para otros procesos de integración regional como el MERCOSUR latinoamericano, la Organización de Estados Centroamericanos, la Liga Árabe, la Unión Africana y la Asociación de Naciones del Asia Sud-oriental; de otro, para el mismo proceso de integración mundial, como más compleja articulación multinivel de una esfera pública global.

En segundo lugar, desde el punto de vista sustancial, el proceso constituyente europeo propone un modelo de construcción de la democracia no sólo nuevo y original, sino también alternativo al modelo imperial americano y a las formas actuales de la globalización sin reglas. Por dos razones que, como se ha dicho, hacen de Europa «una potencia civil»[147]. Sobre todo por el valor de la paz, que es su rasgo genético, consolidado de manera segura en estos últimos años. Los ciudadanos europeos son en su gran mayoría contrarios a la guerra. Y la Unión Europea no será nunca un imperio, al estar vacunada por los resultados catastróficos de sus numerosos y viejos imperialismos, así como por el carácter plurina-

cional, plurilingüístico, pluri o multipolar. Pero, además, es un modelo alternativo en un segundo aspecto, por la larga tradición de *Welfare*, que ha tomado forma en el paradigma de la democracia constitucional basada en la garantía de los derechos, no sólo de libertad, sino también sociales, y que une a los diversos países de la Unión, como ulterior rasgo de la identidad europea[148].

Por otra parte, se han visto los riesgos abiertos en la democracia de los países europeos por la falta de culminación del proceso constituyente de la Unión. Es claro que estos mismos riesgos son incomparablemente más graves a escala planetaria, donde la casi total ausencia de una esfera pública global garante de la paz y de los derechos humanos deja vía libre al desarrollo incontrolado de poderes salvajes, sean políticos o económicos. En el vacío de derecho público internacional ya señalado no sólo el gobierno mundial sino también el de países concretos, sobre todo los más pobres, quedan de hecho a expensas del ejercicio de poderes prevalentemente informales, a veces invisibles y en todo caso sustraídos tanto a controles parlamentarios como a los vínculos de las constituciones nacionales. Debido a la confusión de las fuentes, lo impreciso de las competencias y, sobre todo, al carácter informal de los nuevos poderes globales no sólo está produciéndose una sustancial disolución de la modernidad jurídica, con el desarrollo de un incierto derecho internacional de producción prevalentemente contractual y jurisprudencial y la regresión al pluralismo y a la superposición de los ordenamientos propios del derecho premoderno. Corre peligro el orden de la democracia y del estado de derecho en su totalidad, que, de no ser refundado a escala global, está destinado a perecer y a disgregarse en todos sus planos. En efecto, en la actual fenomenología del poder, cada vez menos estatal y más extraestatal, expresiones como «principio de legalidad», «reserva de ley», «representación política», «separación de poderes», son cada vez más pobres de sentido. Crisis internacional y crisis constitucional son, en suma, las caras de la misma moneda, es decir, del colapso del principio de legalidad. Por ello, su superación sólo puede ser contextual, a través de la extensión del paradigma constitucional a los diversos niveles del derecho, comenzando por el internacional. Tal es el actual, difícil desafío a la razón jurídica y política, del que hablaré en los parágrafos que siguen.

16.18. *El constitucionalismo global como negación del neo-fundamentalismo de Occidente. Cuatro dimensiones de la democracia internacional*

El paradigma normativo de un garantismo constitucional de los derechos humanos de nivel supranacional aquí delineado está bastante alejado del cognoscitivismo ético propio de los teóricos de la «universalidad de la doctrina de los derechos humanos», llamados polémicamente

Western globalists por Hedley Bull y Danilo Zolo[149]. Está lejos tanto de la idea iusnaturalista de un universo, cabe decir, ontológico de los derechos humanos, concebidos como derechos naturales o de cualquier modo inherentes a la persona o a la razón humana, como de la idea consensualista e igualmente cognoscitivista de un universalismo, por así decir, político y cultural de los mismos derechos, concebidos como derechos sustentados —o que es legítimo pretender que lo sean— por su universal aceptación.

En los §§ 13.11 y 15.2 he demostrado ampliamente el carácter ideológico y antiliberal de estas tesis: ideológico si se entienden en sentido asertivo, antiliberal si lo son en sentido prescriptivo. Como dije entonces, no existe ni una ontología ni una aceptación universal de los derechos. Esto vale para los ordenamientos estatales, incluso los más avanzados. Pero, por razones culturales, sobre todo en el plano internacional, debido a que algunos derechos de libertad son extraños a culturas distintas de la occidental, y más aún por razones de intereses, dada la falta de disposición política de tantos gobiernos occidentales y de sus mayorías a reconocer y garantizar los derechos sociales en sus propios países y mucho menos a todos los habitantes del planeta. De otro lado, la pretensión de que la doctrina de los derechos humanos debe ser universalmente compartida, en tanto que supuestamente dotada de un fundamento objetivo y racional, es una pretensión antiliberal, por la intolerancia que ha acompañado siempre a toda forma de cognoscitivismo ético-político. Pero, precisamente porque no son compartidos moralmente por todos (y tampoco es legítimo pretender que lo sean), estos derechos han sido estipulados jurídicamente en garantía de todos. Su fundamento axiológico no reside en un inverosímil consenso universal, sino en la igualdad que prescriben, en el hecho, no de ser queridos por todos, sino de garantizar a todos; pues el consenso prestado a los mismos es sólo una de sus condiciones de efectividad, y no de legitimidad. En suma, el universalismo de los derechos humanos es sólo un universalismo jurídico, ligado a su forma universal como derechos expresados por normas téticas (T11.20), sea cual fuere la opinión de cada cual sobre la igualdad convenida y perseguida por ellos. Por esta razón, como se dijo en su momento, no sólo no se opone al multiculturalismo, sino que, al contrario, es el principal cauce del respeto y la tutela de las diferentes culturas e identidades, incluso las de quien no comparte su valor ni su legitimidad.

El aspecto más grave de la falacia ontológica o consensualista subyacente a la supuesta universalidad de la *doctrina* de los derechos humanos, más que de los *derechos* mismos, radica en su idoneidad para secundar lo que Danilo Zolo ha llamado «fundamentalismo humanitario»[150] y que ha alimentado la propaganda occidental de apoyo a las recientes guerras globales. No por casualidad Ulrich Beck, refiriéndose a la política bélica estadounidense, ha hablado de un nuevo «humanismo militar» informado por la «religión civil» de la defensa de los derechos humanos[151]; Michael Walzer ha vuelto a proponer en un libro de éxito la doctrina de la

guerra justa y ha promovido, junto a otros sesenta ilustres intelectuales estadounidenses, un documento de adhesión a la guerra americana contra el terrorismo internacional[152]; Michael Ignatieff se ha convertido en valedor de un universalismo demediado, presentando como «realistas» las concepciones que, en la era del terrorismo global, configuran los derechos como «lo bastante flexibles para permitir algunos compromisos con los estándares absolutos, si la necesidad política o la emergencia lo requieren»[153]; y Jürgen Habermas ha hablado de «pacifismo global» a propósito de la intervención de la OTAN en Kosovo, sin plantearse siquiera el problema de si, en el plano jurídico, tenía alguna correspondencia con las formas de la acción coercitiva prevista en la Carta de la ONU en vez de las brutales de la guerra[154].

Sin embargo, la misma falacia ontológica es compartida por el propio Zolo, si bien como falso blanco polémico, cuando afirma que «la universalidad de los derechos del hombre podría sostenerse únicamente a partir de una 'fundación' filosófica que argumentase de manera restrictiva la inherencia de los derechos del hombre a la naturaleza (o a la racionalidad) humana como tal, con independencia del particular contexto cultural que caracterizó su nacimiento en Europa»[155]. Así Zolo reorienta hacia la universalidad de los propios derechos humanos —que como se ha dicho más veces es una universalidad de tipo lógico, ligada a su igual titularidad en cabeza de todos y cada uno— su justa crítica a la supuesta universalidad de la doctrina de los derechos humanos, identificando la primera con la segunda[156] y tomando a su vez en serio los argumentos no serios avanzados por ésta en apoyo de las actuales guerras globales. En efecto, no es en absoluto cierto que los presupuestos de un constitucionalismo global garante de los derechos humanos consistan en la «doble creencia en la naturaleza moral del hombre y en la unidad moral del género humano» propia del «iusnaturalismo clásico-cristiano»[157], como él afirma; o que la filosofía del derecho subyacente a lo que él ha llamado «globalismo jurídico» esté «dominada por la idea, kantiana y neokantiana, de que el progreso de la humanidad sólo sea posible a condición de que algunos principios éticos resulten compartidos por todos los hombres y hechos valer por poderes supranacionales que trasciendan el 'politeismo' de las convicciones éticas y de los ordenamientos normativos que hoy existen»[158]. Exactamente al contrario, los presupuestos del paradigma constitucional, más aún si es transferido al plano global, son los clásicos principios liberales según los cuales: *a*) los hombres, sobre todo si tienen poder, son, o de cualquier modo puede suponerse que son, tendencialmente malos e inmorales; *b*) la humanidad no está en modo alguno unida por una «unidad moral» sino, al contrario, dividida por valores, culturas e intereses diversos y antagónicos; *c*) los seres humanos, a su vez, son diferentes entre sí debido a razones sociales, intereses económicos y concepciones políticas y morales, por lo que están virtualmente en conflicto. Es, precisamente, lo que hace necesaria para la convivencia pacífica y la garantía del «politeísmo de las convic-

ciones éticas» la convención jurídica de la igualdad en un cierto número de derechos vitales: el pacto de no agresión asegurado por la garantía de los derechos individuales de libertad y el pacto de mutua solidaridad asegurado por la garantía de los derechos sociales.

La consecuencia de esta incomprensión es la renuncia a cualquier tutela jurídica de los derechos humanos y de la paz. Una vez unidos en la polémica el insostenible universalismo moral de la doctrina de los derechos humanos y el universalismo jurídico de los derechos humanos mismos tal como son positivamente estipulados, Zolo acaba por asociar en un rechazo conjunto, como si fuesen la misma cosa, todas las «formas coercitivas —jurisdiccionales y militares»— de «tutela internacional de los derechos del hombre»[159]. «Por consiguiente, según los iusglobalistas», afirma, polemizando también con la idea kantiana de un derecho cosmopolita y con el proyecto kelseniano de la paz a través del derecho, «el derecho debería asumir la forma de una legislación universal —una suerte de *lex mundialis* válida *erga omnes*— a partir de una gradual homologación de las diferencias políticas y culturales y no sólo de las costumbres y tradiciones normativas nacionales»[160]; cuando no es claro por qué una legislación internacional de actuación y garantía del universalismo de los derechos humanos habría de comportar una homologación antes que una tutela y valorización de las diferencias, según se ha hecho ver. Es así como el «fundamentalismo humanitario» en cuyo nombre se han justificado las guerras resulta también asociado por Zolo «al universalismo normativo de los derechos del hombre», con la consecuencia de confundir la defensa de los derechos humanos con la guerra y de implicar a la primera en la crítica de las doctrinas de apoyo a la segunda[161].

Según he hecho ver en el § 16.7, la idea de una defensa de los derechos humanos mediante la guerra es, en cambio, una contradicción en los términos que ni siquiera merecería ser tomada en serio, al ser la guerra la máxima negación de los derechos y no sólo del derecho. La contradicción quedaría comprobada, si fuera necesario, por el hecho de que la superpotencia americana que ha promovido las «nuevas guerras» como instrumento de defensa de los derechos y la democracia no ha ratificado gran parte de las cartas sobre derechos humanos, como el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, los dos protocolos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del mismo año, la Convención contra la Tortura, incluso el Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuyo funcionamiento, además, está, saboteando[162]; todo como confirmación de la extraña idea de que los derechos humanos se defienden con bombardeos y no con el derecho y con los tribunales. Tal es el verdadero lado oscuro de Occidente en conflicto con sus propios principios —*Occidente contra sí mismo*, que es el bello título de un reciente libro de Geminello Preterossi[163]— que tiene brutal expresión, más que en los llamados *Western globalists*, en los teóricos *neocons* del papel marcial e imperial de Estados Unidos, como Robert Kagan, William Kristol, Richard Perle, Michael Ledeen y Paul

Wolfowitz, que no por casualidad han decretado la clausura de la ONU, la superación de la prohibición de la guerra y la refundación de las relaciones internacionales sobre la hegemonía militar norteamericana[164].

El valor no sólo jurídico sino político del constitucionalismo global reside, precisamente, en la negación de esta estrategia de la guerra en defensa de los llamados «valores» de Occidente y de la lógica neoschmittiana del «amigo/enemigo», equivalente a la disolución del ordenamiento internacional[165]. Como se ha dicho más veces, todos los derechos fundamentales se han afirmado históricamente —primero como reivindicaciones, luego como conquistas de derecho positivo— en el momento en que sus violaciones masivas, bajo la enseña de la ley del más fuerte, se revelaron y fueron advertidas finalmente como intolerables. En este sentido, *ex facto, ex iniustitia oritur ius*. Tal es lo sucedido con el nacimiento del Estado moderno, garante, cuando menos, de la vida; después con las primeras constituciones liberales de los siglos XVIII y XIX, nacidas contra el despotismo y el absolutismo político del *ancien régime*; más tarde con la afirmación de los derechos sociales y de los trabajadores, frente a la explotación y las lesiones de la dignidad de la persona producidas por la anarquía capitalista del mercado; en fin, con la Carta de la ONU y con la afirmación supranacional del principio de la paz y de los derechos humanos, frente a la guerra y los crímenes contra la humanidad cometidos por los propios Estados.

Siempre se ha tratado de nuevos «nunca más» a la ley del más fuerte. Con una diferencia del constitucionalismo supranacional respecto del estatal. Las constituciones de los Estados nacionales fueron casi siempre el fruto de actos constituyentes llevados a cabo por revoluciones políticas, movimientos populares, luchas de liberación nacional, abolición o, de cualquier modo, ruptura con los precedentes regímenes autoritarios o fascistas. Así, la Constitución americana, la Declaración de Derechos francesa, los estatutos y las constituciones decimonónicas y las de la segunda posguerra, de la Constitución italiana a la alemana, de la portuguesa a la española. En cambio, las constituciones globales o supranacionales, como la Carta de la ONU y los tratados de la Comunidad Europea nacen siempre de tratados a su vez globales, al ser sujetos constituyentes los mismos representantes de los Estados nacionales, que renuncian de este modo a sus soberanías salvajes. No nacen de luchas de pueblos o de rupturas revolucionarias, sino de acuerdos entre sujetos del estado de naturaleza internacional —los lobos artificiales, cuya guerra se vuelve contra sus mismos artífices naturales— que así realizan, también formalmente, la hipótesis hobbesiana del contrato social de convivencia pacífica. En efecto, el que fue sólo metafórico estado natural del *bellum omnium* antes del nacimiento del Estado moderno, ha sido y es siempre real y trágicamente —como ya lo vieran Hobbes, Locke y Kant[166]— el estado desregulado de las relaciones entre Estados en el viejo modelo Westfalia. Y la que sólo metafóricamente es la forma pacticia del acto constituyente del moderno estado constitucional de derecho

—el contrato social de convivencia y de mutua asistencia estipulado con las cartas constitucionales— es, en cambio, realmente, bajo la forma de los tratados supranacionales y de sus leyes de actuación, el modelo del federalismo y del constitucionalismo supranacional.

Este modelo representa hoy la única alternativa al efectivo gobierno mundial constituido, como se dijo en el § 16.15, por la fuerza militar, económica y política de la única superpotencia que ha sobrevivido a la crisis de las soberanías nacionales. Aquél se basa en una doble separación y limitación recíproca del conjunto de los poderes políticos y económicos: la *federal* entre instituciones federales supranacionales e instituciones federales estatales, y la *constitucional* entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía. Por eso, en los parágrafos que siguen, será posible articularlo según el esquema federal y multinivel de la democracia constitucional (T12.196), en las mismas cuatro dimensiones —política, civil, liberal y social— en que ésta ha sido articulada en los dos capítulos anteriores.

16.19. *La democracia cosmopolita: A*) *La dimensión política: a*) *el derecho de autodeterminación de los pueblos*

En materia de derechos políticos y de democracia política, cabe distinguir dos clases de normas internacionales: *a*) la primera, referida a los ordenamientos internos de los diversos países; *b*) la segunda, referida al ordenamiento internacional.

Las normas de derecho internacional de la primera clase son las que imponen los principios de la democracia política y los correspondientes derechos a los ordenamientos internos. El «principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos» establecidos en el artículo 1.2 y en el artículo 55 de la Carta de la ONU[167]; los derechos políticos —de electorado activo y pasivo, de participación en los asuntos públicos y de acceso a cargos públicos— establecidos en el artículo 21 de la Declaración Universal de 1948 y en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; el derecho a la autodeterminación de los pueblos estipulado en los dos Pactos Internacionales de 1966. «Todos los pueblos», dispone el primer artículo de ambos Pactos, «tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural [...] Los Estados Partes en el presente Pacto [...] promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas». Según se ha hecho ver en los §§ 11.12-11.13, del principio de igualdad de los pueblos se sigue como corolario el igual valor de sus diferentes identidades culturales, que excluye la imposición a aquéllos de homologaciones y discriminaciones (D11.35, T11.126). Y, como se dijo en el § 7.10, de la atribución de una situación

jurídica como la que representa el derecho de libre determinación se sigue la concepción de los pueblos como sujetos jurídicos (D7.4, T7.88).

Podemos asociar, directa o indirectamente, todos estos derechos al derecho de libre determinación de los pueblos, que es un derecho colectivo (T7.80-T7.84) resultante del conjunto de los derechos subjetivos de las personas que componen el pueblo como sujeto colectivo (D7.16). Se trata de un derecho complejo articulado en dos dimensiones: *a*) la *autodeterminación interna*, consistente en el derecho de los pueblos a decidir «libremente su condición política» y a proveer del mismo modo «a su desarrollo económico, social y cultural» en el plano del derecho interno; *b*) la *autodeterminación externa*, consistente en el mismo derecho de los pueblos como sujetos jurídicos de la comunidad internacional. De estas dos dimensiones —que corresponden claramente a las dos dimensiones, interna y externa, de la soberanía que he distinguido en el § 16.2— la más simple e inequívoca es ciertamente la de la autodeterminación interna, que equivale al derecho a la democracia atribuido a los pueblos, es decir, a todas las personas que los componen, a través del ejercicio de la llamada soberanía popular, por parte de aquéllos, y de los derechos políticos, por parte de éstos. «Toda persona», dice el artículo 21 de la Declaración Universal de 1948, «tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto».

Más complejo y problemático es el derecho de los pueblos a la autodeterminación externa, que en el § 11.7 he caracterizado como derecho colectivo de tipo comunitario. Es obvio que consiste en el derecho-poder de cualquier pueblo, en tanto que sujeto jurídico representado por su correspondiente Estado, a decidir con autonomía la política exterior. Pero, antes aún, se trata del derecho de cada pueblo a decidir de manera autónoma el propio estatus institucional en el ordenamiento internacional. En este sentido se identifica con el poder constituyente de tipo democrático (D12.3, T12.29, T12.37), concebido a su vez como una situación constituida en el ordenamiento internacional y como una situación constituyente en el ordenamiento constituido por su ejercicio. Del mismo modo que a la autodeterminación interna corresponde el derecho de resistencia o de «rebelión contra la tiranía y la opresión» a que alude el preámbulo de la Declaración de 1948, a la autodeterminación externa le corresponde el derecho de los pueblos a las luchas de liberación de ocupaciones u opresiones extranjeras[168]. Por lo demás, el derecho a la autodeterminación fue estipulado en este sentido, para promover los procesos de descolonización desarrollados a través de estas luchas en los dos decenios sucesivos a la publicación de aquélla.

Sin embargo, aunque tales procesos, tratándose de la liberación de los pueblos del dominio de lejanas potencias extranjeras, hayan concluido inevitablemente con la creación de nuevos Estados independientes, el derecho a la autodeterminación externa, según resulta de la formulación del artículo 1 de los dos Pactos de 1966, no implica en modo alguno el derecho de un pueblo a convertirse en Estado. Al contrario, lo excluye cuando la formación de un nuevo Estado entre en conflicto con la finalidad de «fortalecer la paz universal» y «de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones», que es el fin con el que se estableció «el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos», de los artículos 1,2 y 55 de la Carta de la ONU. Es lo que está sucediendo a causa de la crisis de las dos clásicas funciones de unificación nacional y pacificación interna, que el Estado soberano ha desarrollado en Europa, donde nació y se ha legitimado a partir de la autodeterminación de los pueblos; funciones para las que la creación de nuevos Estados es cada vez más un obstáculo y no un instrumento. En efecto, la globalización, precisamente a causa de la creciente integración mundial, está haciendo emerger el valor tanto de las diferencias como de las identidades. Y está desvelando, a veces de manera explosiva y dramática, el carácter artificial de los Estados, sobre todo de los de reciente formación, la arbitrariedad de sus confines territoriales y lo insostenible de su pretensión de asumir pueblos y naciones dentro de forzadas unidades que niegan las diferencias tanto como las comunes identidades. Es así como la forma del Estado —en tanto que factor de inclusión forzada y de indebida exclusión, de ficticia unidad y a la vez de división— ha entrado cada vez más a menudo en conflicto con la de «pueblo», convirtiéndose en una fuente permanente de guerras y de amenazas para la paz y para el mismo derecho a la libre determinación de los pueblos.

Por eso, la pretensión de los pueblos de constituirse de cualquier modo en Estados, en un mundo cada vez más integrado en sociedades civiles cada vez más caracterizadas por la mezcolanza de culturas y nacionalidades diversas, es una pretensión insostenible, no sólo no implicada por el derecho a la libre determinación según lo concibe la Carta de la ONU, sino incluso en contradicción con él. Antes bien, se puede afirmar que el último legado venenoso de la colonización, contra la que ese derecho obtuvo reconocimiento, ha sido, precisamente, la exportación a todo el mundo de la idea del Estado como única forma de organización política. En efecto, en los años siguientes a la segunda guerra mundial, la autodeterminación producida por la descolonización estuvo en gran parte subordinada a la vieja geografía colonial. Las más de las veces, los nuevos Estados africanos y asiáticos nacidos de la autodeterminación han acabado por reproducir las viejas divisiones coloniales. Y la idea de rediseñar las fronteras de esta geografía política instituyendo o reivindicando, en nombre de la libre determinación, Estados nacionales correspondientes a otros tantos pueblos, tiene el peligro de disolverse, como

ha mostrado la tragedia de la ex Yugoslavia, en la construcción todavía más nefasta de Estados étnicos o tribales, basados en la exaltación de las identidades nacionales y en la recíproca intolerancia, hasta las formas atroces de la llamada «limpieza étnica».

Pero un «derecho al Estado» y por consiguiente a la secesión no sólo no está reconocido por el derecho internacional vigente. No es concebible, como derecho universal y por ello fundamental, ni siquiera en el plano teórico, al ser en este sentido lógicamente inconsistente y prácticamente autodestructivo. En la minoría que protagoniza la secesión habrá siempre otra minoría que, a su vez, querrá llevarla a cabo frente a la vieja minoría convertida en mayoría. Y esto vale hoy más que nunca, al ser bastante mayor que en el pasado la movilidad de las personas y la mezcolanza de los pueblos y las culturas que conviven en un mismo territorio. Como se dijo en el § 11.7, lo que hace imposible configurar como derecho fundamental el derecho a constituir un Estado es, pues, su no universalizabilidad, es decir, la imposibilidad de que el mismo sea reconocido igualmente a todos los pueblos, que contrasta con la noción teórica de derecho fundamental (D11.1, T11.8). De nuevo la tragedia de la ex Yugoslavia debe servir de lección. En efecto, sea lo que sea lo que se entienda con la palabra «pueblo»[169], es imposible generalizar este derecho en favor de todos los pueblos, ya que el mismo criterio de identificación de un pueblo será aplicable a minorías que conviven con él en el mismo territorio y que no podrán gozar del mismo derecho sin contradecir el reivindicado por el pueblo que es mayoría. Añadiré que esta tesis, que vale de manera evidente y paradigmática para el derecho de los pueblos a la autodeterminación, puede extenderse a todos los derechos ejemplificados en el § 11.7 como solamente «comunitarios», que no son universales en ningún sentido ni, por tanto «fundamentales», según la definición D11.1.

Por consiguiente, el derecho a la libre autodeterminación externa, si no es derecho a constituir un Estado, no es otra cosa que el derecho a la «autonomía», en el significado comúnmente asociado: como autonomía local del máximo número de funciones públicas, integrada por el «derecho a disponer libremente de las propias riquezas y recursos naturales» y a no ser «privados de los propios medios de subsistencia»[170]. Es claro que este tipo de autonomía externa sirve para favorecer «relaciones pacíficas» entre los pueblos en la medida en que tenga como presupuesto la autodeterminación interna y, por ello, la máxima garantía de los derechos políticos y de libertad. En efecto, son los derechos de libertad los que, con la afirmación y la igual valorización de las diferentes identidades, aseguran la recíproca tolerancia y la convivencia pacífica. Y la tutela de tales derechos es la principal garantía de la paz, en virtud del principio kantiano que funda la convivencia civil sobre los límites que la libertad de cada uno encuentra en la libertad de los demás y sobre la exclusión de la libertad salvaje del más fuerte. Pero es también claro que esto no sólo no quita, sino que implica que tal autonomía pueda en algún caso

requerir la independencia, cuando su lesión se traduzca en la opresión, la discriminación y la exclusión de algunos pueblos y personas en razón de su «pertenencia», y en un peligro permanente para la paz, como es el caso de los pueblos palestino y kurdo.

Así se confirma, también bajo este aspecto, que la mejor forma de autodeterminación externa coherente con los principios de la Carta de la ONU es la que asegura el modelo federal. Ya no, pues, por el nacimiento de nuevos Estados soberanos, sino, al contrario, por la reducción de los existentes, a través de formas de federalismo de grado más o menos elevado, que por un lado descentralicen lo más posible las funciones administrativas y de gobierno local hoy centralizadas en los Estados nacionales y, por otro, asocien a tales Estados en formaciones políticas más amplias encargadas de aquellas funciones, sobre todo de garantía, comunes a todos, en materia de derechos de libertad, política económica y monetaria, regulación del mercado, defensa del medio ambiente, redistribución de los recursos, seguridad frente a la criminalidad.

En suma, esta interpretación del derecho a la autodeterminación externa en el plano internacional es esencial en dos aspectos. En positivo, dado que la democracia, el desarrollo económico y la garantía de la paz se fundan en la tutela de tal derecho así entendido; en negativo, puesto que la interpretación alternativa del mismo como pretensión de constituir un Estado está en contradicción con el principio de la paz, para cuyo sustento se estableció ese derecho, y con el de igual tutela de las diferencias y por eso de las minorías. Frente a esta última interpretación es preciso afirmar la neta distinción entre «pueblos», que son entidades culturales tuteladas por el derecho de libre determinación, y «Estados», que son entidades territoriales artificiales dentro de cuyas fronteras pueden convivir los pueblos, gracias al mismo derecho de autodeterminación. Si, frente a la crisis yugoslava, Europa, en vez de favorecer la creación de nuevos Estados étnicos, como Croacia, Bosnia, Serbia y, en fin, Kosovo, hubiera abierto sus puertas acogiendo en la Unión a todos los diversos pueblos hoy divididos y hostiles, quizá se habrían evitado las guerras y los miles de atrocidades generadas por la intolerancia étnica. Más en general, si en hipótesis desaparecieran todos los Estados como entidades soberanas dentro de una comunidad mundial informada en el paradigma federal del estado constitucional de derecho y la garantía igual de los derechos humanos de todos, los conflictos nacionalistas perderían gran parte de sus razones y el problema de la autodeterminación externa quedaría en gran medida resuelto.

16.20. *Sigue: b*) *la democratización de la Organización de las Naciones Unidas*

En materia de democracia política, la segunda clase de normas internacionales es la dirigida al ordenamiento internacional. El ordenamiento

de las Naciones Unidas —que cuenta con la adhesión de 191 países, de hecho la casi totalidad de los 213 Estados— tiene hoy dos vicios gravísimos que perjudican su carácter democrático. El primero está representado por la posición de privilegio asegurada a las cinco potencias vencedoras de la segunda guerra mundial por su presencia en el Consejo de Seguridad como miembros permanentes y por el poder de veto con que cada uno de ellos puede paralizar cualquier decisión. El segundo es la carencia de efectivos poderes de gobierno por parte del Consejo de Seguridad y la debilidad o, lo que es peor, la ya indicada ausencia de instituciones de garantía, y por eso la inefectividad de las funciones de tutela de la paz y de los derechos humanos que constituyen la razón social del paradigma constitucional, en el plano teórico (T12.164-T12.167), y de la ONU, en el del derecho positivo[171].

El primero de estos vicios contradice de la manera más burda «el principio de la igualdad soberana» de todos los miembros de la ONU y el de la «igualdad de derechos de los pueblos», establecidos en el artículo 2.1 y en el artículo 1.2 de la Carta. Y tendría que ser eliminado mediante una reforma de la estructura del Consejo de Seguridad que no se limitase a ampliar las posiciones de privilegio, sino que las suprimiera totalmente, sustituyéndolas por la presencia temporal y rotativa en aquél de todos los Estados miembros de la ONU, sin poder de veto, y de una duración directamente proporcional a su población. Naturalmente, es ilusorio pensar que una reforma semejante pueda ser promovida por la superpotencia estadounidense, que no soporta el más débil papel de gobierno de la ONU, y tampoco por Rusia o China. Pero sí, al menos, por la Unión Europea, y en particular por Francia y Gran Bretaña —hoy relegadas de hecho a una posición subalterna en relación con Estados Unidos— que bien podrían acompañarla con la disposición a renunciar a sus estatus de miembros permanentes para incrementar su prestigio internacional y la legitimación del aparato institucional de las Naciones Unidas en su conjunto.

Conectado con el primero, es aún más grave el segundo defecto, la debilidad de la ONU, causada por el poder de veto de sus cinco miembros permanentes y por la escasez de competencias y de los medios disponibles. Ya he hablado en el § 16.9 de la mayor carencia que compromete la primera función de la ONU, que es la salvaguarda de la paz. Me refiero a la ausencia del monopolio jurídico del uso de la fuerza en poder del Consejo de Seguridad y a la inexistencia del «Comité de Estado Mayor» previsto en el artículo 47 de la Carta como responsable de la «dirección estratégica» de las fuerzas armadas necesarias para las operaciones dirigidas a mantener o a restablecer la paz y la seguridad internacional. Pero el mismo discurso puede repetirse para los demás fines de la ONU indicados en el preámbulo de su estatuto, burlados también por la falta de los medios necesarios para llevar a cabo la actuación de los «derechos fundamentales del hombre» y la elevación del «nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad», así como «el progreso económico y social de todos los pueblos».

La misma carencia de representatividad supranacional aqueja a las instituciones económicas y financieras —Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y Organización Mundial del Comercio—, que hoy ejercen un papel de gobierno sustancialmente subordinado a los intereses de las grandes potencias y de sus economías. Estas instituciones nacieron de los acuerdos de Breton Woods, estipulados por 44 países en julio de 1944, con el fin de promover la libre circulación de bienes, servicios y capitales a escala mundial, favorecer la estabilidad de los cambios monetarios y, al menos en los proyectos de su más ilustre inspirador, John Maynard Keynes, mantener altas tasas de ocupación y contribuir al desarrollo de los países más pobres. De hecho están controladas por los países más ricos. Precisamente, el Fondo Monetario Internacional, destinado a promover la expansión del comercio, la estabilidad de los cambios y el equilibrio de las balanzas de pagos, está dirigido por un Consejo de Gobernadores en representación de cada uno de los 183 países adherentes, que establece sus líneas guía con mayorías correspondientes a las cuotas de capital suscritas por los países miembros, y, por consiguiente, con el peso determinante de los países ricos y en particular de Estados Unidos. El Banco Mundial, cuyo objetivo es la concesión de préstamos de ayuda al desarrollo de los países atrasados, está regido por los mismos países miembros del FMI, cada uno de los cuales tiene en él una suerte de participación accionaria proporcional a su propio producto interior bruto; con la consecuencia de que el grupo G8 posee la mayoría, y Estados Unidos el 17% de las cuotas, suficiente para garantizar el poder de veto, dado que para la validez de las decisiones se requiere el consenso del 85% de los accionistas. Independiente por completo de la ONU es, en fin, la Organización Mundial del Comercio, instituida en 1995 en sustitución del GATT (*General Agreement Tariffs and Trade*), proyectado en Breton Woods, y dirigida a liberalizar el comercio internacional, a través de intervenciones acordadas con el «consenso general», salvo desacuerdos superables con decisiones por mayoría cualificada de dos tercios o de tres cuartos de sus 140 miembros. En general, estas instituciones, aunque sus actividades tengan que ver sobre todo con los países pobres, están indefectiblemente sometidas a los intereses comerciales y financieros de las empresas de los países más ricos, que tienen su control. Su reforma exigiría un cambio de los criterios y las razones de la representación, fundada no en el criterio de la participación accionarial, que refleja el poder económico de los países adherentes y es fuente de inevitables conflictos de intereses[172], sino en la tutela de los intereses globales de toda la humanidad, comenzando por los de la subsistencia y el desarrollo de la mayoría pobre de la población mundial. En síntesis, el principio representativo sólo puede ser satisfecho en la medida que suponga la igualdad de los seres humanos y de los pueblos, por lo demás reiteradamente proclamada en la Carta de la ONU y las distintas convenciones sobre derechos.

Pero son sobre todo las funciones de gobierno de estas instituciones las que deberían ser reformuladas y en gran parte transformadas. A pe-

sar de que las intervenciones de tales organismos tengan una influencia decisiva en las condiciones de vida de miles de millones de personas, son adoptadas por funcionarios —ministros de economía y comercio y gobernadores de los bancos centrales— que no sólo representan y defienden en cada caso los intereses económicos de sus países, sino que fundan sus decisiones únicamente en criterios comerciales y financieros, con total indiferencia ante los problemas del trabajo, el medio ambiente, la salud y la subsistencia concebidos «si acaso, sólo como obstáculos a superar»[173]. En particular, los préstamos reembolsables que necesitan los países pobres y sobre todo su renovación, que hace preciso el abono de intereses, son condicionados por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, en contraste con su propia razón de ser originaria, a la adopción de programas de «ajuste estructural» que de hecho se traducen en políticas gravemente antisociales: en radicales reducciones del gasto público en materia de sanidad, educación y subsistencia, en recortes salariales dirigidos a reducir la inflación y a favorecer las exportaciones, en privatizaciones de empresas estatales y de servicios públicos para sustraerlos a la gestión pública y abandonarlos a las leyes del mercado[174]. Es como estas instituciones, además de padecer un déficit de representación global, acaban por condicionar intensamente las políticas nacionales, vaciando además las representaciones estatales. Defecto de representatividad y conflicto de intereses se revelan una vez más en íntima conexión. Su superación está condicionada a la progresiva transformación de estos organismos, hoy instituciones financieras de gobierno, en instituciones de garantía de la subsistencia y el desarrollo económico de los países más pobres, vinculadas cuanto sea posible a las inversiones sociales, que son el presupuesto del desarrollo productivo, y financiadas sobre todo, como se dijo en el § 16.14, por una fiscalidad mundial basada cuando menos en la imposición de una tasa por el uso y abuso de los bienes comunes de la humanidad.

Un discurso análogo puede hacerse para las organizaciones institucionalmente dedicadas a la garantía de los derechos sociales, que comparten la carencia de poderes y de eficaces instrumentos de intervención. La FAO (*Food and Agriculture Organization*), que dispone de un presupuesto anual de unos pocos miles de millones de dólares, absolutamente desproporcionado a la que debería ser su función de garantía de la alimentación de base en todo el mundo; la OMS (Organización Mundial de la Salud), que, con un presupuesto no menos escaso, tendría que promover las condiciones mínimas de salud de todos los habitantes del planeta, prevenir y hacer frente a epidemias y sostener la investigación en el campo sanitario; la UNESCO (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*), destinada al desarrollo y la difusión de la cultura y del acceso de los niños a la educación; la UNICEF (*United Nations International Childhood Emergency Fund*), dedicada a la protección de la infancia y a la tutela de los derechos de los menores; la OIT (*International Labour Organization*), instituida en 1919 con una finali-

dad de mero estímulo: la aprobación de recomendaciones a los gobiernos en materia de garantías de los derechos de los trabajadores y la elaboración de proyectos de convenciones multilaterales en tema de trabajo que los Estados miembros tienen, al menos, la obligación de someter a los organismos competentes para su ratificación.

Estas y otras organizaciones —en materia de defensa del medio ambiente, lucha contra la criminalidad, energía, transportes, comunicaciones, información— en parte ya existentes, en parte por crear, deberían asumir el carácter de autoridades independientes, es decir, de instituciones internacionales de garantía primaria (D12.17) vinculadas a parámetros legales, separadas de las instituciones de gobierno tanto estatales como internacionales, supraordenadas al mercado y dotadas de adecuados presupuestos financiados, si fuera preciso, mediante exacciones fiscales de carácter internacional. Un típico ejemplo de instituciones de este género es la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, regulada en los artículos 156-185 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 10 de diciembre de 1982. A estas instituciones de garantía primaria hay que añadir las correlativas instituciones internacionales de garantía secundaria (D12.18), igualmente independientes, encargadas de intervenir en caso de violación de las garantías primarias (T10.238), como la Corte Penal Internacional, de la que se ha hablado en el § 16.12, el Tribunal Internacional de Justicia, que debería transformarse en una jurisdicción obligatoria y no subordinada a la previa aceptación de los Estados, y otras que habría que fundar en materia de medio ambiente, trabajo, contencioso-administrativo y fiscal. En fin, como complemento del paradigma constitucional, habría que crear un Tribunal Constitucional Internacional, competente para pronunciarse sobre la invalidez de las resoluciones del Consejo de Seguridad o de otras decisiones internacionales en eventual contradicción con la Carta de la ONU, la Declaración de 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos de 1966.

Es claro que la estructura organizativa del ordenamiento internacional anticipada por la doble separación propia de la federación —entre funciones supranacionales de distinto nivel y funciones estatales, y entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía— no tiene nada que ver con el tradicional sistema concentrado y jerarquizado de fuentes e instituciones que es propio del Estado nacional, aunque sea federal. Se sustrae, por tanto, a la *domestic analogy*, que obsesiona tanto a muchos partidarios como a muchos críticos de un constitucionalismo cosmopolita. Por el contrario, refleja la figura de la red institucional, cuyos diversos puntos —constitucionales e infraconstitucionales, supraestatales y estatales, de gobierno y de garantía primaria y secundaria— están unidos por una multiplicidad de relaciones diversas: de jerarquía (T12.127-T12.128), separación (D12.8-D12.10) y de coparticipación (D12.5-D12.7) en sus más diversas formas, y la de subsidiariedad, primera entre todas. Naturalmente, las formas complejas de una democracia constitucional supranacional requieren un difícil planeamiento y también una

fuerte imaginación institucional, a tenor de los enormes problemas, teóricos y prácticos, asociados a la construcción de una esfera pública mundial como lugar de los intereses generales con respecto a los de los singulares Estados. De las formas de la democratización política de las instituciones de gobierno a la separación de éstas de las instituciones de garantía, de la distinción y la distribución de competencias entre las dos clases de instituciones a la regulación de las relaciones entre las múltiples fuentes de los diversos ordenamientos, hasta la identificación de las técnicas más apropiadas de garantía primaria y secundaria de la paz y de los diversos derechos fundamentales.

16.21. *B*) *La dimensión civil de la democracia cosmopolita. Por una Carta internacional de bienes fundamentales*

Ya se ha dicho que, en nuestra tradición filosófico-política y jurídica, el único poder que ha sido tratado como objeto de límites y vínculos constitucionales ha sido el poder político, no así el económico, siempre acreditado como libertad perteneciente a la esfera privada. Otro tanto cabe decir de los poderes económicos a escala internacional. El único intento de leer y tratar las libertades económicas como poderes fue puesto en práctica por las experiencias de los socialismos reales, clamorosamente fracasadas, precisamente, por la desvalorización del derecho como técnica de regulación del poder y de tutela de los derechos. El primer problema de una teoría de la dimensión económica y civil de la democracia internacional es, pues, afrontar la cuestión de estos poderes; sobre todo, reconocerlos como tales y luego someterlos a reglas, límites, vínculos y controles. El segundo problema es el de la naturaleza y contenidos de tales reglas, límites y controles: en materia de trabajo, incompatibilidades y conflictos de intereses, anti-trusts y protección del medio ambiente.

Se trata de los mismos problemas afrontados en la segunda parte del capítulo XIV, agigantados por su dimensión global y por la ya señalada ausencia de instituciones internacionales a su altura. De esta carencia, aquí identificada como laguna ilegítima, depende la actual primacía de la economía sobre la política, que sólo la construcción de una esfera pública supranacional sería capaz de invertir en el gobierno de la primera por parte de la segunda y en la regulación jurídica de las relaciones de mercado. Más allá de las superfluidades ideológicas de tipo neoliberal y de los potentes intereses políticos y económicos subyacentes a las mismas, una de las razones de esta carencia —a escala internacional y en la propia construcción de la Unión Europea— ha sido la desconfianza de los propios Estados nacionales, fruto de su escasa integración política y jurídica, en relación con los efectos distorsionadores que en una economía supranacional integrada pueden tener las intervenciones públicas de los demás Estados para la economía de cada país. Se trata, pues, de un círculo vicioso. Para poner a cada país a salvo de las políticas interven-

cionistas de los otros se ha elegido el camino de la máxima liberalización de los mercados y de una reducción general de la intervención pública en la economía, además de sentido único, dado que tal intervención no falta en los países más ricos a favor de sus empresas. Pero es claro que esta estrategia perdería sentido de promoverse una efectiva integración política y jurídica idónea para restituir a la intervención pública en los diversos niveles, nacionales y supranacionales, el papel de gobierno de la economía, así como de garantía del pleno empleo, los derechos de los trabajadores, el medio ambiente, la estabilidad económica global y el desarrollo productivo mismo. Tanto más cuando lo que Joseph E. Stiglitz llama el «fundamentalismo del mercado»[175], que en estos años ha inspirado el no gobierno de la economía y en particular las recetas neoliberales, antiinflacionistas y antiintervencionistas, del FMI, se ha revelado inevitable y trágicamente en quiebra, como este mismo autor ha demostrado ampliamente[176].

Por tanto, la construcción de una esfera pública supranacional como esfera heterónoma respecto del mercado y dirigida a la garantía de los intereses generales y los derechos de todos supone una refundación del principio de legalidad como límite a los poderes económicos privados y a sus naturales vocaciones absolutistas. En esta perspectiva, volviendo sobre los temas y los problemas tratados en el § 16.11, y antes aún en los §§ 14.19-14.21, pueden formularse cuatro indicaciones en materia de planeamiento institucional.

La primera indicación es la restauración, también a escala internacional, del papel de gobierno de la esfera pública y de su separación de la esfera privada frente a las tendencias invasivas de la segunda sobre la primera, reduciendo mediante rígidos sistemas de incompatibilidades los infinitos conflictos de intereses entre las dos esferas, introduciendo límites y vínculos legales a la *lex mercatoria* para tutela de los derechos y los bienes fundamentales de todos, garantizando, en fin, su observancia también por parte de los países ricos a través de la abolición, conforme al modelo del mercado común europeo, de todas las barreras proteccionistas, hechas de subvenciones y tarifas aduaneras, erigidas, como se ha visto en el § 16.11, frente a las exportaciones de los países pobres. El gran desafío lanzado a la democracia por la globalización es, sobre todo, el generado por el neoabsolutismo de los grandes poderes económicos y financieros, por su colusión con los poderes políticos con el consiguiente crecimiento de las desigualdades, la pobreza, la explotación y la manipulación del mercado mismo. Este neoabsolutismo ha estado largo tiempo legitimado por el prejuicio neoliberal, según el cual el mercado, para producir riqueza y empleo, no sólo no tiene necesidad de límites sino que precisa no tener ninguno; un prejuicio que no sólo choca con el paradigma del estado de derecho sino que es también insostenible en el plano económico.

La segunda indicación tiene que ver con la protección internacional del trabajo, impuesta por el artículo 23 de la Declaración Universal

de 1948, que establece el derecho de «toda persona» no sólo «al trabajo» y «a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo», sino también «a igual salario por igual trabajo», y precisamente, «a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana». El Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, en su artículo 7, establece los mismos derechos. Éstos, y en particular el derecho «a igual salario por igual trabajo», excluyen las enormes disparidades de condiciones y de salario entre trabajadores en los distintos países. Y por eso imponen la extensión de sus garantías —mediante un Estatuto mundial de los derechos de los trabajadores, que podría promover la OIT— también a los países atrasados, donde su falta, según se dijo en el § 14.18, genera hoy la máxima explotación, junto con la reducción del empleo y de los salarios en los propios países ricos por efecto de la transferencia de sus inversiones a los primeros[177]. Es muy cierto que hoy, en los países pobres, los bajos salarios y la ausencia de garantías del trabajo favorecen, al igual que sucedió en la Europa del siglo XIX, la acumulación primitiva y el desarrollo económico. Pero es precisamente una tarea de las instituciones internacionales de gobierno y de garantía compensar los enormes beneficios así obtenidos por las economías de los países ricos con intervenciones de apoyo a la economía de los países pobres.

La tercera indicación, de la que hablaré con más detalle en el § 16.24, consiste en atribuir a la esfera pública, sustrayéndola al mercado, la producción y la distribución de esos bienes fundamentales vitales que son los bienes sociales (T11.118-T11.119), como el agua, los alimentos básicos y los fármacos esenciales. De un lado la no privatización del agua, de otro la prohibición de patentar o, en cualquier caso, el aseguramiento del acceso a todos de los fármacos esenciales y la garantía de los mínimos vitales, y, en general, de todos los inventos con incidencia en el derecho a la salud.

En fin, la cuarta indicación hace referencia a los límites impuestos a la autonomía empresarial por el carácter nocivo de las actividades productivas o de los bienes producidos. He hablado en el § 16.9 de la necesidad de introducir, como medio de garantía de la paz, la prohibición de fabricar y comerciar con armas, como *bienes ilícitos* (D11.33) en cuanto destinados a matar, que, con el progresivo desarme tanto de las personas como de los Estados, serviría para favorecer el monopolio jurídico de la fuerza que está en la lógica del derecho y de la Carta de la ONU. A estos límites hay que añadir los impuestos por el desarrollo industrial, comercial y tecnológico, que ha expuesto a la apropiación privada, la destrucción, la disipación y la negociación una creciente cantidad de los que he llamado *bienes comunes* (D11.30) y *bienes sociales* (D11.31), como el aire, el agua y la integridad del medio ambiente, de cuya defensa depende el futuro del planeta y de la humanidad. A causa del carácter planetario de muchas agresiones al medio ambiente —el efecto invernadero, el agujero en la capa de ozono, la contaminación de los mares, la

destrucción de innumerables especies animales y vegetales, la reducción de la biodiversidad y, en general, la alteración de los equilibrios del ecosistema— los problemas de la defensa ambiental son también planetarios, y requieren, a su vez, normas, garantías, funciones e instituciones de garantía a escala mundial. Por consiguiente, a las cartas constitucionales de los bienes fundamentales de que he hablado en el § 11.10 debería añadirse una *Carta internacional de los bienes fundamentales*, idónea para fundar, a la vez que los derechos de acceso de que son objeto tales bienes, límites rigurosos tanto al mercado como a la política, al no ser ya sostenible la vieja pretensión científica y tecnológica según la cual es posible deónticamente hacer todo lo que se puede hacer materialmente. El llamado «contrato natural» al que ahora aludiré podría abrirse, parafraseando el preámbulo de la Carta de la ONU con estas palabras: «Nosotros los pueblos de las Naciones occidentales, decididos a salvar a las futuras generaciones del flagelo del desarrollo insostenible que en el curso de esta generación ha provocado indecibles devastaciones a nuestro ambiente natural, convenimos...» las siguientes, urgentes medidas, en garantía de los bienes comunes de la humanidad.

Estas medidas deben consistir en límites rigurosos impuestos a la iniciativa privada y dirigidos a impedir actividades industriales nocivas para la salud y el medio ambiente: de un lado, los daños para las actuales generaciones inmediatamente provocados por las sustancias tóxicas producidas; de otro, los daños para las generaciones futuras causados por la destrucción y la disolución de los bienes comunes. En la actualidad existen ya numerosas normas y principios de carácter internacional para la tutela del medio ambiente. Normas de derecho internacional general y consuetudinario, como las relativas a la contaminación transfronteriza y a la obligación de prevenir y reducir riesgos y daños provenientes de emisiones radioactivas y de accidentes nucleares; declaraciones de principios adoptadas en sedes internacionales, como la de Estocolmo de 1972, la «Carta mundial de la naturaleza» de 1982, la «Declaración sobre el ambiente y el desarrollo», aprobada por la Conferencia de la ONU celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992; en fin, los tratados internacionales relativos a los diversos sectores del medio ambiente, como los estipulados en Londres en 1954, 1972 y 1973 y en Bruselas en 1969 contra la contaminación marina provocada por la descarga de hidrocarburos o residuos; la Convención de Helsinki de 1992 sobre protección de los ríos y los lagos; las diversas convenciones sobre protección de especies animales en vías de extinción y de la biodiversidad y contra la deforestación y la desertización; por último, los numerosos protocolos contra la contaminación atmosférica y la destrucción del ozono, el más importante de los cuales es el de Kyoto de diciembre de 1997, en vigor desde el 15 de febrero de 2005, que impone la reducción de emisiones contaminantes, aunque sólo sea del 5,2%, antes de finales del 2008, y a cuya ratificación, sin embargo, se han sustraído muchos países contaminantes, entre ellos Estados Unidos. Hay, además,

convenciones y políticas de carácter regional, las más importantes de las cuales son las adoptadas por la Unión Europea sobre la base de los artículos 2 y 174-176 del Tratado de Ámsterdam que asignan a la Comunidad «el encargo de promover [...] un elevado nivel de protección del medio ambiente y el mejoramiento de la calidad de este último» y a tal fin prevén medidas adoptadas mediante procedimientos de co-decisión[178]. Se trata, no obstante, de un aparato normativo francamente inadecuado para la gravedad y el desarrollo exponencial de las agresiones y de los peligros que debería afrontar. Sobre todo, faltan instituciones idóneas de garantía primaria y secundaria capaces de asegurar la efectividad de éstas mediante modelos idóneos de responsabilidad penal, civil, administrativa[179] que sería urgente instituir en los diversos niveles —internacional, regionales, estatales e infraestatales— del sistema jurídico.

Hay, en fin, un último problema, el energético, cuya solución racional requiere nuevos límites a la explotación de la naturaleza. Al estar también sometidas a las leyes del mercado, están agotándose las energías no renovables, obtenidas principalmente de recursos naturales de origen fósil como el gas, el carbón y, sobre todo, el petróleo, saqueadas en los últimos decenios por las grandes compañías occidentales. El tiempo previsto para su extinción oscila entre 20 y 70 años, según el grado de pesimismo. Estamos, en efecto, destruyendo un patrimonio acumulado en millones de años. Se ha calculado que si consumiésemos el petróleo sólo en la medida en que se renueva de manera natural, la humanidad en su conjunto no podría utilizar más de 4 barriles diarios. En cambio, el consumo es de varias decenas de millones. Por otra parte, este malgastar no es sólo un problema en sí mismo, que de no resolverse puede provocar el colapso total de la economía planetaria, sino que, como se ha visto en el § 16.11, es también una de las principales causas de la contaminación atmosférica y del calentamiento del planeta[180]. De ahí la necesidad de intervenciones públicas, coordinadas a escala internacional, que impongan límites al despilfarro y el recurso a energías limpias y renovables —sol, viento, mar— que, por el coste de las inversiones necesarias para su producción, sólo puede ser afrontado por la esfera pública.

16.22. C) *La dimensión «liberal» de la democracia cosmopolita. Libertad e igualdad jurídica de las diferencias. Más allá de la ciudadanía*

La igualdad jurídica está en la base de la dimensión liberal de la democracia constitucional, tanto en el plano internacional como en el nacional. En efecto, en contra del lugar común según el cual libertad e igualdad serían valores tendencialmente en conflicto, la igualdad consiste en la igual titularidad de los mismos derechos fundamentales (D11.35) y por consiguiente, como se dijo en el § 11.13, en el igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo distinto de

todos los demás y de cada individuo una persona como las otras. Todos los derechos de libertad, tal como son previstos en los artículos 3-14 y 18-20 de la Declaración Universal de 1948, son, directa o indirectamente, derechos a la (afirmación, conservación, manifestación o valorización de la) identidad de cada uno, cualesquiera que sean sus opiniones, creencias, pertenencias y condiciones personales o sociales. También bajo este aspecto se revela el valor de la separación laica entre derecho y moral y entre derecho y naturaleza. Esta separación es el presupuesto tanto de la igualdad como de la libertad, al excluir, de un lado, discriminaciones y castigos con fundamento en identidades (supuestas) moralmente perversas o naturalmente criminales —de lo que se es y no de lo que se hace— y, de otro, el recurso al derecho como instrumento de afirmación o de reforzamiento de una determinada moral o ideología. La identidad, o sea, las diferencias, se ponen a cubierto de la invasión del derecho y todas son tuteladas de la misma manera y respetadas en cuanto pertenecientes a la esfera íntima, intangible e infiscalizable, de cada individuo. Es esta igualdad de las diferencias la que forma el «valor» o la «dignidad» de la persona y, al mismo tiempo y a través de la igualdad en los derechos de libertad, la principal garantía del multiculturalismo. Es decir, de la pacífica convivencia y el recíproco respeto de todas las diferentes culturas, costumbres, concepciones morales, convicciones políticas y creencias religiosas cuya práctica no ofenda las libertades y la integridad de los demás[181].

Únicamente sobre esta base la civilización jurídica sirve para excluir, por principio, cualquier hipótesis de «choque de civilizaciones», que siempre supone una concepción de las «civilizaciones» y de las «culturas» como entidades colectivas monolíticas, por encima de las personas de carne y hueso. En realidad no existe, en el plano empírico, *una* civilización occidental, como no existen *una* civilización islámica, o *una* civilización cristiana, árabe, india o china. Occidente está «dividido» y «contra sí mismo»[182] al igual que están divididos Oriente, el islam o la cristiandad, y es ideológico asumir estas identidades como macrosujetos empíricamente existentes. El Occidente del fundamentalismo capitalista y de la guerra, que identifica en el modelo americano el único modelo legítimo de sociedad, se confronta con el islam de Bin Laden y los ayatolás fanáticos. El Occidente de la paz y de los derechos se encuentra con las instancias de liberación y de democratización que se manifiestan en el mundo árabe. Todos los fundamentalismos, inevitablemente incompatibles entre sí, se basan en la entificación ideológica de las culturas, que ignora las infinitas diferencias que las recorren y que se oponen y enfrentan en su interior. A la inversa, paz y derechos, principio de igualdad y garantía de las diferencias, laicidad de las instituciones, libertades fundamentales y pluralismo de las culturas, se implican recíprocamente, como factores que son cada uno de ellos de todos los demás.

Una perspectiva semejante es ineludible y sin alternativas en un mundo globalizado en el que la interdependencia es creciente, la comunicación

es a su vez global y la movilidad de las personas está destinada a desarrollarse de manera exponencial. La misma comporta la gradual superación de la vieja figura de las «minorías» y de los «derechos de las minorías». En efecto, en el futuro tendrá cada vez menos sentido hablar de minorías y de mayorías étnicas, religiosas o culturales. Por lo demás, la propia idea de «minoría», más allá de los derechos reconocidos a las minorías, ha evocado siempre algún tipo de minoración, cuando no de opresión o discriminación. En el pasado, las minorías —étnicas, lingüísticas, religiosas— eran prevalentemente autóctonas, reducidas a veces al estado de «minorías», como en el caso de las poblaciones indígenas de las dos Américas, por las conquistas, las invasiones y los genocidios de Occidente. Hoy está dándose el fenómeno opuesto: son minorías las de los inmigrantes, de hecho a su vez excluidos, rechazados, encerrados en guetos.

Pero todavía más incompatible con el principio de igualdad en los derechos y con el paradigma de una democracia liberal cosmopolita es la idea de la ciudadanía, ya caracterizada como una insuperable aporía del constitucionalismo supranacional en los §§ 11.2, 11.3, 15.9 y 16.3. J. M. Barbalet ha escrito que siempre «la lucha por la ciudadanía ha sido una lucha contra la exclusión y contra la desigualdad producida por la exclusión»[183]. Hoy es verdad lo contrario. En la actualidad la ciudadanía de los países ricos representa el último privilegio de estatus, factor de exclusión y discriminación y no, como en el origen del Estado nacional, de inclusión y equiparación; herencia premoderna de las diferenciaciones personales por nacimiento, en contradicción con la igualdad y con la universalidad de los derechos fundamentales sancionados como derechos de la persona, y no (sólo) del ciudadano, por la Declaración Universal de 1948 y los Pactos de 1966.

Por consiguiente, tomar en serio estos derechos quiere decir reconocer su carácter supraestatal y por eso disociarlos de la ciudadanía y la estatalidad, poniendo fin a la gran discriminación que excluye de su goce a la mayoría del género humano y contradice su proclamado universalismo. En particular, significa transformar en derechos de la persona los dos únicos derechos de libertad cuyo goce está hoy *de facto* reservado en exclusiva a los ciudadanos: el derecho de residencia y el derecho de circulación. Es claro que la cuestión de la pobreza de los países atrasados no se resuelve abriendo las fronteras, sino afrontando y resolviendo en ellos los problemas del desarrollo. Pero es asimismo evidente que Occidente no afrontará nunca con seriedad estos problemas hasta que no los sienta como propios. Y, después de haber invadido el mundo entero, primero con sus conquistas y luego con sus promesas, eso no sucederá mientras no tenga que hacer frente a la invasión de las poblaciones hambrientas que llaman a sus puertas, procedentes de todas partes. En la historia de los derechos fundamentales siempre ha sido así. Éstos sólo se amplían a los excluidos cuando la presión sobre quienes los disfrutan resulta irresistible. Pero, a la inversa, cabe añadir, esta presión sólo se reducirá si el mundo de los incluidos se ve constreñido a eliminar en él

las causas de tal situación haciendo perder a la ciudadanía su calidad de estatus privilegiado y reconociendo a todos los mismos derechos, incluidas las libertades de circulación y residencia.

Por lo demás, estos derechos —de residencia y de circulación— fueron proclamados como universales y naturales por la propia cultura occidental en los orígenes de la Edad Moderna y del moderno derecho internacional, cuando sirvieron para legitimar la colonización del mundo por parte de Occidente. Como he recordado en los §§ 15.9 y 16.3, Francisco de Vitoria reformuló los títulos de legitimación de la conquista de América por parte de los españoles, identificándolos con el *ius communicationis ac societatis*[184], al que situó en la base de su concepción de la sociedad internacional como *communitas orbis* hermanada por el derecho de todos a comunicar con todos, y con una larga serie de otros derechos naturales, que derivó de él como corolarios: el *ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi*[185], el *ius commercii*[186], el *ius praedicandi et annuntiandi Evagelium*[187], el *ius migrandi* a los países del Nuevo Mundo y de *accipere domicilium in aliqua civitate illorum*[188], y, como cierre del sistema, el *ius belli* en defensa de tales derechos cuando los indios se opusieran a su legítimo ejercicio[189].

Hoy nuestra cultura ha olvidado estos nada luminosos antecedentes de la ilustración jurídica y los derechos universales. Los nacientes Estados nacionales europeos proclamaron aquellos derechos —*peregrinandi*, *migrandi*, *degendi*— como abstractamente iguales y universales en apoyo de las guerras de conquista, cuando eran concretamente desiguales y asimétricos, al resultar impensable la migración de los indios a Occidente. En la actualidad se ha invertido la situación. Los mismos se han trasmutado en derechos de ciudadanía —exclusivos y privilegiados— cuando nos ha tocado tomarlos en serio y pagar su coste. Por eso, en el próximo futuro, la credibilidad de los «valores de Occidente» —igualdad, derechos fundamentales, dignidad de la persona— se juega en su efectiva universalización.

Ciertamente tal universalización tiene hoy el sabor de una utopía jurídica. Pero la historia del derecho es también una historia de utopías (bien o mal) realizadas. En todo caso, éste es ahora el desafío lanzado a nuestra tradición democrática por un constitucionalismo mundial normativamente instaurado por las cartas internacionales de derechos pero todavía carente de garantías: la superación de la ciudadanía, por su supresión como estatus privilegiado del que se siguen derechos no reconocidos a los no-ciudadanos, o al contrario su sustitución por una ciudadanía universal; en ambos casos con la eliminación de la dicotomía «derechos del hombre»/«derechos del ciudadano», con la transformación de los derechos políticos de ciudadanía en derechos de residencia y con el reconocimiento de los mismos derechos fundamentales a todos los seres humanos en cuanto personas. De otra parte, no menos faltos de realismo ni menos ambiciosos deberían parecer el desafío a las desigualdades del *ancien régime* lanzado por las primeras declaraciones de derechos y la

utopía que entonces animó a la ilustración jurídica y, después, a toda la experiencia histórica del constitucionalismo y la democracia. En síntesis, la conclusión de estas vicisitudes no puede ser otra que la supresión de cualquier estatus personal por nacimiento que no sea el de persona y el de capaz de obrar, éste asociado a la mayor edad y, no por casualidad, sólo como presupuesto de los derechos-poder de autonomía política y civil.

Existe un segundo orden de presupuestos de la dimensión liberal de la democracia cosmopolita: el desarrollo de un derecho penal internacional a la altura de las nuevas formas globales asumidas por la criminalidad del poder, de las que he hablado en los §§ 15.11 y 16.12. En esta dirección, la principal conquista, que hoy es necesario defender y reforzar en el plano de los medios y de las competencias, es la Corte Penal Internacional, que funciona desde hace poco y ya ha sido dura y fuertemente combatida y saboteada. Sus competencias —hoy limitadas al genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y, sólo en proyecto, a las guerras de agresión— deberían ampliarse, naturalmente sobre la base del principio de subsidiariedad en relación con las jurisdicciones nacionales, a muchos otros crímenes que tienen en común su carácter transnacional, como el terrorismo internacional, que según se ha visto sólo puede ser batido por la asimetría del derecho y no ciertamente con la guerra, el narcotráfico y la producción y el comercio de armas, las organizaciones mafiosas multinacionales, las agresiones más graves y devastadoras al medio ambiente y a la salud, los golpes de estado y las tentativas golpistas.

Como se ha dicho, la impunidad es el máximo factor criminógeno en relación con estos crímenes. Pero a la inversa, frente a ellos es máxima no sólo la función disuasoria de prevención general del derecho penal, que, según he hecho ver en el § 15.13, es directamente proporcional al grado de exigibilidad e inversamente proporcional al grado de inexigibilidad del cumplimiento de sus preceptos, sino también la dimensión simbólica y pragmática de las penas. Precisamente, las penas, y más todavía los procesos, sirven para restaurar el sentido del derecho lesionado mediante la calificación como crímenes de violencias que de otro modo serían legítimas en virtud de la presunción de legitimidad de que habló Carl Schmitt[190], como expresión de soberanía o de razones de Estado en cualquier caso superiores al derecho. Por eso la jurisdicción penal internacional es vista con desconfianza y hostilidad por cuantos tienen motivos para temer su ejercicio. Que es por lo que su efectividad es una condición esencial de un estado de derecho internacional. Hay un solo aspecto, elemental, de la *domestic analogy* que no cabe negar. El paso de la sociedad natural y salvaje de los «lobos artificiales», que es como veo a los actores del mundo globalizado sin reglas que son los Estados y las grandes empresas transnacionales, a la sociedad civil de una democracia cosmopolita, sólo será posible prohibiendo la guerra, los crímenes contra la humanidad, las agresiones al medio ambiente y a las condiciones mínimas de vida, actual equivalente internacional (incomparablemente

más fuerte y amenazador) de la violencia de esos «lobos naturales» que son los seres humanos, cada uno *homini lupus*, de cuya negación nació el estado civil de derecho en las modernas democracias nacionales.

16.23. *D) La dimensión «social» de la democracia cosmopolita: a) garantías de los derechos sociales y desarrollo global. Por una fiscalidad supranacional*

Abordaré, en fin, la cuarta y última dimensión de la democracia de nivel internacional, la dimensión social, que es la más difícil de todas pero también la más necesaria y urgente. «Toda persona, como miembro de la sociedad», establece el artículo 22 de la Declaración Universal de 1948, «tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad». Y el artículo 25 añade: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad». El elenco de todos estos derechos se encuentra luego reafirmado, analíticamente, por el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

Como se ha visto en el § 16.13, todas estas promesas permanecen en el papel, a causa de las escandalosas desigualdades generadas por la globalización sin reglas. «Si se reprodujera a escala nacional», escribe el Informe sobre desarrollo humano de 2005, «la brecha entre países ricos y países pobres sería considerada socialmente indefendible, políticamente insostenible y económicamente ineficiente incluso en regiones con elevada desigualdad como América Latina»[191]. Pero a escala internacional, no obstante las interdependencias del mundo globalizado, no existe una política social de dimensión planetaria capaz de reducir, mediante la satisfacción de los mínimos vitales, la enorme destrucción de energías humanas que impide el desarrollo de los países pobres, traduciéndose en una masiva reducción de la prosperidad y el crecimiento general y en una amenaza creciente para la seguridad global. Es claro que las razones de estas desigualdades y de la inercia que se opone a la garantía internacional de los derechos sociales son todas y sólo de carácter político y cultural. Dependen de la falta de disposición de los países ricos a reducir sus propios tenores de vida y los ingentes beneficios de sus *lobbies* económicos, con sustento en una cultura política miope y vanamente autoapologética. El más ilustre teórico del neoliberalismo económico, Friedrich August von Hayek, ha llegado a considerar una «superstición»

la aspiración a la «justicia social» y a juzgarla como carente de sentido, además de una «amenaza» a los «valores de una civilización libre» porque choca con el «proceso espontáneo» e «impersonal» del «orden del mercado»[192].

Detrás de esta tesis hay una concepción claramente ideológica de la riqueza y de su producción, medidas únicamente según el producto interior bruto, es decir, por el conjunto de los bienes producidos y vendidos en el mercado, En cambio, la riqueza, parece obvio repetirlo, incluye también, y sobre todo, el bienestar de las personas de carne y hueso, y por consiguiente debe ser calculada valorando en positivo la satisfacción de los derechos sociales —la subsistencia, la seguridad, la salud, la duración y la calidad de vida, la educación— y, en negativo, las destrucciones provocadas por un desarrollo desregulado e insostenible, como los daños irreversibles al medio ambiente, la desertización de territorios enteros, el crecimiento de las desigualdades, la reducción de los servicios sociales, el hambre, las enfermedades y el empobrecimiento de la mayor parte de los seres humanos. Bajo estos aspectos el producto interior bruto es bien poco significativo. Incluso en Estados Unidos el aumento de la riqueza producido durante estos años se ha dado casi enteramente en beneficio de una clase restringida de personas[193]. Por otra parte, los efectos de los cambios climáticos gravan sobre todo a los países pobres. En los últimos treinta años, en la región del Sáhara se ha transformado en desierto un territorio con una superficie mayor que la mitad de Europa. En suma, el desarrollo económico promovido por la espontaneidad del libre mercado global ha provocado, junto a ingentes enriquecimientos, un ulterior empobrecimiento de las personas más pobres y, a la vez, daños irreversibles a los bienes de todos.

Por otra parte, como se ha hecho ver en el § 13.13, la producción de la riqueza no depende solamente de sus bajos costes, tanto menos si son alcanzados con la máxima competencia en el mercado de trabajo y con la reducción de los salarios. Depende sobre todo de la garantía de las condiciones de vida y de supervivencia que sólo la esfera pública puede asegurar mediante inversiones sociales en sanidad, educación y subsistencia. Donde exista pobreza absoluta, y mientras dure, ningún progreso económico y social es posible, ni es decente hablar de libertad y democracia, dado que una y otra dependen de la garantía de los mínimos vitales. Este nexo entre garantías sociales y desarrollo económico, las primeras como condiciones del segundo, vale en el plano internacional más aún que en el nacional. En efecto, es legítimo suponer que la construcción de la democracia constitucional internacional seguirá un camino inverso al de las democracias nacionales: no del estado liberal al estado social, sino de las garantías de los mínimos vitales a las de la libertad y la democracia política. Añadiré que ese camino, confiado a las inversiones sociales producidas a escala supranacional, se da también en el interés a largo plazo de los propios países ricos, porque es el único remedio estructural apto para desactivar la bomba demográfica y reducir

seriamente la inmigración masiva; porque la pobreza material y más aún la pobreza cultural son el terreno privilegiado del fanatismo religioso y del fundamentalismo político y el principal alimento del terrorismo; porque, cuando menos, el desarrollo económico y humano de los países pobres comporta la apertura de nuevos mercados y el crecimiento de la economía global en su conjunto y su estabilidad.

Es, en fin, evidente que la garantía de los derechos sociales requiere la creación de una esfera pública mundial articulada en un sistema adecuado de instituciones internacionales. En primer lugar, la reforma de las instituciones económicas y financieras —del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio— con objeto de hacerlas funcionales, al menos conforme a su inspiración originaria, al desarrollo económico de los países pobres y al crecimiento del empleo; en segundo lugar, el reforzamiento de las instituciones internacionales de garantía, ya recordadas en el § 16.14, como la FAO, la Organización Mundial de la Salud y la Organización Internacional del Trabajo; por último, la creación de nuevas instituciones internacionales de garantía en materia de educación, aprovisionamientos hídricos y prevención de calamidades naturales. La catástrofe del tsunami de 26 de diciembre de 2004, que provocó 300.000 muertos y millones de personas sin techo[194], ha revelado la total carencia de una «Protección civil» a escala internacional. Faltan totalmente instituciones de predicción y prevención de las calamidades, así como de intervención y movilización inmediata de socorros y recursos. Y, como siempre, el precio de esta carencia lo pagan sobre todo las poblaciones más pobres. Por lo demás, la total inadecuación de las medidas preventivas y sobre todo de asistencia a las poblaciones pobres se manifestó de manera todavía más vergonzosa también en el plano nacional, con ocasión de los huracanes que en septiembre y octubre de 2005 embistieron y sumergieron la ciudad de Nueva Orleáns y la costa meridional de los Estados Unidos. Con motivo de estas catástrofes se ha revelado la enorme desproporción entre las capacidades tecnológicas, los enormes costes (5.000 millones de dólares a la semana para financiar la ocupación de Irak) y la potencia de la máquina militar americana desencadenada en las guerras y la inadecuación de los medios con que se afrontan calamidades naturales que provocan la muerte de decenas de miles de personas.

Esta inadecuación es el rasgo característico de las ayudas dispensadas por los países ricos, en una medida ridícula en relación con las necesidades. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992 se ratificó el compromiso de los países ricos de destinar a los países pobres el 0,7% de su producto interior bruto. Desde entonces, no obstante las promesas repetidas en cada reunión de los G8, las ayudas, en vez de aumentar, se han reducido, pasando del 0,33 de 1990 al 0,22 del 2000, para subir al 0,25 de 2004, que, por lo demás, es una medida inferior en un tercio respecto a la del inicio de los años ochenta y de la mitad respecto a la

de los años sesenta[195]. Parece que la generosidad de los países ricos es inversamente proporcional a su prosperidad, pues de 1990 a hoy su renta per cápita ha aumentado en 6 dólares mientras que las ayudas se han reducido, asimismo per cápita, en un dólar, y en su conjunto no llegan ni siquiera a una décima parte de sus gastos militares[196].

Es claro que una seria política social a escala global no puede limitarse a las ayudas: demasiado escasas, imprevisibles, siempre por debajo de los compromisos asumidos, nunca coordinadas de manera adecuada, no siempre transparentes y demasiado a menudo inútilmente vinculadas a imposiciones de tipo político o social[197]. La satisfacción de los derechos sociales internacionalmente establecidos, aun cuando se limite a la garantía de los mínimos vitales, requiere una redistribución de la riqueza mucho más seria a favor de los países pobres, impuesta no sólo por los derechos humanos internacionalmente establecidos, sino también por las deudas que Occidente ha contraído con el resto del mundo durante 500 años de conquistas, expoliaciones y colonizaciones y que sigue contrayendo con sus enriquecimientos indebidos generados por el uso, la explotación y a veces la destrucción de los bienes comunes de la humanidad.

Una redistribución semejante sólo puede llevarse a cabo mediante la imposición fiscal internacional. No habrá una auténtica esfera pública global mientras no exista un sistema impositivo a su vez global. En efecto, sólo un fisco mundial podría asegurar las garantías de los derechos sociales internacionalmente establecidos; no como limosnas confiadas a la caridad de los países ricos, sino como obligaciones y vínculos fundamentales que les conciernen (T10.135, D10.28, D11.25). El signo más tangible de la evolución efectiva, y no sólo normativa, del derecho internacional de sistema pacticio a ordenamiento jurídico según el paradigma constitucional será el paso de la política de las ayudas a la práctica de los cumplimientos obligatorios; de la genérica cooperación caritativa, parangonable a las intervenciones de las instituciones de caridad en la Europa premoderna, a la institución de un *Welfare* mundial de derecho basado en una efectiva redistribución de la riqueza en garantía de la supervivencia de todos los seres humanos del planeta. Y esto requiere la creación de funciones e instituciones públicas internacionales idóneas; de instituciones de gobierno encargadas de la recaudación fiscal e instituciones de garantía dotadas de fondos necesarios para las prestaciones requeridas por los diversos derechos sociales.

Como se dijo en el § 16.14, ésta es la perspectiva en la que se justifica también la introducción de la *tasa Tobin* sobre las transacciones internacionales propuesta por el economista americano James Tobin a finales de los años setenta: una tasa «biodegradable», según la ha definió el ministro belga de finanzas Didier Reynders[198], porque, al incidir sobre las transferencias de capital puramente especulativas con el fin de desincentivarlas, no se aplica tanto como debería para resultar eficaz a tal fin. Por otra parte, un gravamen fiscal de ámbito global, o mejor, un

resarcimiento del daño o en todo caso por enriquecimiento indebido, equivaldría a una modesta compensación de la constante, ininterrumpida extracción de recursos por parte de los países ricos del patrimonio común de la humanidad. Basta pensar, de un lado, en los daños provocados en el ecosistema por las producciones contaminantes de los países ricos, de otro, en el enriquecimiento proveniente de la utilización por esos mismos países de «bienes comunes» de la humanidad, como las órbitas satelitarias empleadas para las telecomunicaciones y los espacios aéreos y oceánicos en los que se desarrolla el tráfico aéreo o naval[199]. Pero nada impide que además de estas tasas se introduzcan impuestos verdaderos y propios para el desarrollo de los países pobres a cargo de todos los Estados miembros de la comunidad internacional, proporcionados a su producto interior bruto, calculado con un criterio de progresividad. Además, en esta perspectiva, una hacienda pública supranacional podría muy bien clausurar los actuales «paraísos fiscales» para tutela, sobre todo, de la libre competencia en el decantado mercado global. En suma, una economía global implica una política económica y fiscal global, con funciones de recaudación y de redistribución, que abandone la lógica de las ayudas en favor de la de los derechos a escala global, repitiendo el mismo itinerario recorrido por los Estados nacionales en materia social: de la beneficencia a la garantía de los derechos, del estado asistencial al estado social de derecho[200].

16.24. *Sigue: b*) *las prestaciones de los bienes sociales: agua, alimentación de base y fármacos esenciales*

Hoy son sobre todo las grandes emergencias sociales las que requieren intervenciones urgentes y radicales. Todas están ligadas a la necesidad de garantizar el acceso a otros tantos *bienes sociales*, algunos naturales y otros artificiales, que forman el objeto de otros tantos derechos vitales, sobre todo el *agua*, que es un bien natural cada vez más escaso a causa de su despilfarro y de las devastaciones medioambientales; en segundo término, la *comida*, sea natural o artificial, necesaria para la alimentación de base; en tercer lugar, los llamados *fármacos esenciales* o salvavidas, todos artificiales pero no por ello menos indispensables para la garantía del derecho a la salud y a la supervivencia. De modo diverso a lo que sucede con los bienes personalísimos y los bienes comunes, los sociales pueden ser también patrimoniales, pero sólo por la cantidad excedente del mínimo vital. Precisamente por su escasez, tienen carácter público y fundamental en la medida necesaria para satisfacer los derechos sociales de subsistencia (D11.31, T11.117-T11.119); en cambio, tienen carácter privado y patrimonial en lo que exceda de aquélla.

Actualmente, en cambio, asistimos a una progresiva transformación de todas las cosas en mercancías, sometidas a la ley del mercado como único criterio y parámetro de valoración y selección de las demandas

merecedoras de satisfacción; en otras palabras, a la privatización y patrimonialización indiscriminadas de los bienes sociales en violación de los derechos fundamentales de los que son objeto. En la medida en que pueden ser no sólo utilizados sino también negociados y dilapidados según el clásico paradigma propietario del *ius utendi atque abutendi*, estos bienes, como los correspondientes derechos, se convierten *de facto*, ilegítimamente, en bienes y derechos puramente patrimoniales (D11.19, D11.27); mientras que *de derecho*, en la medida en que son bienes comunes o sociales, y por consiguiente objeto de derechos fundamentales universales e indisponibles (T11.8 y T11.84), son además objeto de límites y vínculos fundamentales (D11.24-D11.25), es decir, de prohibiciones de lesión y de las obligaciones de prestación correspondientes a aquellos derechos (T11.115-T11.120).

El carácter fundamental de todos estos bienes, sean naturales o artificiales, es un fenómeno relativamente reciente, que ha cambiado en profundidad el contenido del más importante de los derechos, el derecho a la vida. Este derecho, en la tradición liberal, fue concebido únicamente como derecho de inmunidad, es decir, a no ser matados. En efecto, como he recordado en el § 15.17, en la ideología liberal, la supervivencia era concebida como un fenómeno natural, confiado a la relación directa del hombre con la naturaleza y a su iniciativa y voluntad individual. En pocas palabras, según el paradigma lockeano, conforme al cual «la naturaleza ha dejado bien sentado cuáles han de ser los límites de la propiedad, pues éstos dependerán del trabajo que realice un hombre»[201]. Este presupuesto, si nunca ha tenido fundamento, hoy es inexistente. En la sociedad actual, se ha roto la relación entre supervivencia, trabajo e iniciativa individual autónoma, como lo prueban las migraciones masivas rechazadas en nuestras fronteras. De aquí la miseria espantosa y escandalosa en que viven y sobre todo mueren millones de seres humanos, por falta de agua, alimentos y fármacos, a pesar del enorme aumento de la riqueza producida en el planeta. Es una catástrofe sin precedentes, prueba irrefutable del cambio radical producido en el alcance del «derecho a la vida» proclamado en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Aunque el último siglo haya sido seguramente el más violento[202], la vida está hoy amenazada por la falta de bienes sociales en medida incomparablemente mayor que por la posibilidad de su supresión violenta; de modo que en la actualidad el derecho a la vida equivale al derecho a sobrevivir, y por eso al goce de los bienes necesarios para tal fin, no menos que al derecho a no ser matados.

Todo esto vale de forma diversa para los bienes sociales, que son tales en la medida necesaria para integrar el mínimo vital. Vale sobre todo para el *agua*, que en ese sentido es un bien vital, público y fundamental, del mismo modo que es vital y fundamental el correspondiente derecho de acceso, un derecho nuevo, porque es relativamente nueva la escasez de agua provocada por las agresiones y la explotación incontrolada a que han sido sometidos en todo el mundo los recursos hídricos del pla-

neta. El agua ya no es un bien natural, al estar excluidas de su disponibilidad más de mil millones de personas. Su falta es responsable del 80% de las enfermedades de los países pobres y de la muerte de millones de niños al año[203]. Por otra parte se han producido dos paradojas. En el momento en que sería necesario incrementar su defensa y conservación, 17 millones de hectáreas son deforestadas cada año y 5 o 6 millones de éstas resultan desertizadas. Cuando el agua potable está convirtiéndose en un bien cada vez más escaso —sobre todo porque lo destruyen las diversas formas de desertización y de contaminación provocadas por el desarrollo insostenible de los países ricos—, y por eso su garantía como bien fundamental accesible a todos (D11.28) es más necesaria que nunca, se han promovido en todo el mundo políticas neoliberales, las privatizaciones, es decir, su transformación integral en bien patrimonial (D11.27) y con ello la sustracción del mismo a la disponibilidad de todos.

No obstante, es evidente que el agua, al ser un bien vital y fundamental, objeto de un derecho social primario, no es apropiable ni damnificable indiscriminadamente (T11.112). Debería ser distribuido, en la parte necesaria al mínimo vital, de forma gratuita y financiada con exacciones fiscales y no según precios de mercado. Precisamente, como propone el *Manifesto italiano per il contratto mondiale dell'acqua*, habría que distinguir tres estatutos diversos según el diverso uso o abuso: *a*) el mínimo vital, calculado en al menos 40 litros por persona y día; *b*) la cantidad excedente de tal límite mínimo pero inferior a un límite máximo, sujeta en cambio a pago sobre bases progresivas y teniendo en cuenta los diversos usos y territorios; *c*) la cantidad que exceda de este límite máximo, que debería, en fin, estar sujeta a rígidas prohibiciones de derroche o destrucción, para garantizar el derecho al agua de todos[204]. Tres estatutos, pues, conforme a los cuales cabe concebir el agua potable en el primer caso como *bien social* (D11.31), en el segundo como *bien patrimonial* (D11.27) y en el tercero como *bien común* (D11.30).

Es claro que semejante gestión y distribución del agua requiere la organización multinivel de una nueva y específica *Autoridad independiente para las aguas potables*, con precisas y concretas funciones de garantía primaria, en relación con la salvaguarda de los recursos hídricos frente a las agresiones y las privatizaciones a que están expuestos en todo el mundo; el control de los despilfarros y contaminaciones; la vigilancia de sus reducciones por efecto de las deforestaciones, desertizaciones y urbanizaciones, y, en fin, la distribución capilar del agua, al menos mediante la instalación de pozos, acueductos, fuentes públicas, canales y sistemas públicos de riego en todo el mundo.

Problemas en parte distintos se plantean a propósito de la *comida* necesaria para la alimentación básica, como el agua, objeto de esos corolarios del derecho a la vida que son los derechos a la subsistencia y a la alimentación afirmados en el artículo 11 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966[205]. Ante todo, el presupuesto de una política alimentaria debería ser una política agrícola su-

pranacional exactamente opuesta a las actuales políticas del FMI, que, como se ha visto en el § 16.11, permiten el proteccionismo agrícola y las subvenciones estatales a la agricultura de los países ricos e imponen la apertura de los mercados a los países pobres. Al menos sería necesario proteger y subvencionar la agricultura de los países pobres para favorecer su desarrollo. Además, una política de protección de la agricultura de estos países debería impedir que se exporten e impongan a los mismos, con el fin de producir alimentos de los llamados «ogm» («organismos genéticamente modificados»), semillas no naturalmente reproducibles, que dañan la fertilidad del terreno y sirven para provocar la dependencia económica de los países ricos exportadores. En fin, la FAO debería ser dotada de poderes e instrumentos en materia de distribución. Sobre todo, el poder de regular los precios de los productos alimentarios, de establecer precios políticos para los países pobres y, en cualquier caso, organizar y financiar su adquisición y la distribución gratuita a las poblaciones hambrientas. En efecto, también en estos casos, se trata de bienes patrimoniales en la medida en que exceden de las capacidades económicas de cada uno para acceder al mínimo vital, pero de bienes sociales en lo que esté por debajo y sea necesario para satisfacer el derecho fundamental a la subsistencia.

En fin, lo mismo puede decirse de aquellos bienes fundamentales artificiales que son los *fármacos esenciales*, productos del desarrollo de la investigación científica y de la tecnología farmacéutica. En 1977 la Organización Mundial de la Salud propuso la siguiente definición de estos fármacos: «Se definen como 'fármacos esenciales' los que satisfacen las necesidades sanitarias de la mayor parte de la población y que, por consiguiente, deben estar disponibles en todo momento en cantidad suficiente y en la forma farmacéutica apropiada». La lista, inicialmente constituida por poco más de 200 fármacos, elevados en 1997 a cerca de 300 principios activos, expresa un proyecto de mínimos de igualdad en la garantía del derecho a la salud, en cuanto implica la obligación de acceso universal a su administración[206]. El proyecto fue solemnemente reformulado en la conferencia de Alma Ata de 1978, donde por primera vez se plantearon los problemas de la salud en términos de derechos fundamentales, se asumió el compromiso de la «salud para todos en el 2000» y en particular de la derrota a escala planetaria de todas las enfermedades infecciosas para la misma fecha.

Todas estas promesas han sido dramáticamente incumplidas. Hoy son más de 17 millones al año las víctimas de enfermedades infecciosas y tropicales, de las que sólo el 1,2% corresponden a los países industrializados y el 98,8% a los países en vías de desarrollo[207]. En efecto, en estos países se enferma bastante más que en el mundo industrializado, y gran parte de la población sufre enfermedades provocadas por las condiciones de miseria y de hambre en que vive así como por la ausencia de cualquier forma de prevención higiénica y sanitaria, comenzando por las vacunas. Pero los enfermos, que podrían ser curados perfectamente

con medios elementales adecuados, están destinados a morir por falta de éstos, por la que es una gigantesca, espantosa, irresponsable omisión de socorro, máximo *crimen contra la humanidad*. En el origen de esta hecatombe están unas pocas enfermedades infecciosas, debidas a «virus sin fronteras, verdadero paradigma de la globalización»[208]: 4 millones de muertos cada año por infecciones de las vías respiratorias; 3,9 millones por pulmonía; 1,670 millones por tuberculosis; 1,086 millones por malaria; 2,473 millones por enfermedades intestinales; 1,554 millones por el sarampión y otras enfermedades infecciosas prevenibles[209]; 3 millones por sida[210].

Pues bien, no costaría mucho impedir estos terribles estragos. La mayor parte de los fármacos esenciales o salvavidas, como las vacunas contra la poliomielitis, el sarampión y la difteria, que provocan cada año más de un millón de muertos, no cuestan casi nada[211]. Para reducir radicalmente la malaria y los millones de muertos que provoca cada año —tres niños cada dos minutos— bastaría proporcionar a cada niño una mosquitera antimalárica, que cuesta 3 dólares[212]. Lo que se gasta en combatir el sida, que mata cada año a 3 millones de personas, equivale a los gastos militares de tres días[213]. Para prevenir la tuberculosis, la malaria y el sida, que ocasionan cada año más de 5 millones de muertos, bastaría un gasto cincuenta veces inferior al destinado a armamentos y operaciones militares[214].

En realidad, lo que determina esta catástrofe planetaria son más bien las leyes del mercado que las enfermedades. En efecto, el 15% de los fármacos esenciales, entre ellos los necesarios para combatir el sida y la meningitis, están patentados, por lo que son demasiado costosos para los países pobres[215]. El acuerdo multilateral sobre la propiedad intelectual («Trips», acrónimo de *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), promovido por la Organización Mundial del Comercio y que entró en vigor en enero de 1996 —verdadera «arma de destrucción masiva», como ha sido llamado[216]—, tras el objetivo de impedir el comercio de fármacos «no conformes» o «falsificados» generaliza la patente de los fármacos, y con ello la prohibición de la producción y venta de fármacos similares a los registrados, durante 20 años. En general, los costes de producción de estos fármacos, vendidos a un precio incluso 40 veces superior al que corresponde al fármaco «genérico», son bajísimos, próximos a cero[217]. Por ejemplo, el fármaco anti-sida, patentado por la empresa americana Pfizer, cuesta en Kenia 10,5 dólares, mientras que en Tailandia el «genérico» correspondiente cuesta 60 céntimos y el AZT, fármaco anti-sida, cuesta sólo 37 céntimos de dólar[218].

En cuanto a los viejos fármacos no patentados, la ley del mercado es aún más atroz. En efecto, su producción es insuficiente o incluso se ha abandonado por las casas farmacéuticas, a causa de la escasez de demanda en los países ricos en los que han desaparecido las enfermedades a cuyo tratamiento estaban destinados. Y tampoco se invierte en la investigación de nuevos fármacos, por la ausencia de mercado[219]. Es por

lo que el 90% del dinero invertido en investigación farmacéutica guarda relación con fármacos de lujo contra la obesidad, las arrugas, la esterilidad o la impotencia, que afectan al 10% de la población mundial; sólo el 0,2% está relacionado con la pulmonía, la disentería y la tuberculosis, prácticamente desaparecidas en los países occidentales[220]. De las 379 innovaciones terapéuticas más importantes inventadas entre 1975 y 1997, sólo 11 tienen que ver con enfermedades tropicales; y de éstas 6 provienen de vacunas para animales descubiertas por la investigación veterinaria y 3 por la investigación de la medicina militar estadounidense con ocasión de la guerra en Vietnam[221]. Según la OMS, una inversión global de mil millones de dólares, equivalente a la ganancia de una sola empresa en 1997 por su píldora contra la impotencia, serviría para reducir a la mitad el millón de muertos que provoca anualmente la malaria[222].

Este terrible *apartheid sanitario* demuestra que la lógica del mercado es radicalmente incompatible con el derecho a la salud, cuya satisfacción requiere la distribución gratuita a todos de todos los fármacos esenciales, a través de dispensarios de farmacia de carácter público, precisamente, de acuerdo con su carácter de bienes sociales fundamentales. A tal fin, la OMS debería ser dotada de fondos adecuados y de efectivas funciones de garantía aptas para promover todas las actividades necesarias para satisfacer el derecho a la salud: el financiamiento público, internacional y no sólo estatal, de la investigación, sobre todo de las enfermedades infecciosas y tropicales; la producción pública a escala internacional y el aprovisionamiento gratuito a los países pobres de los fármacos esenciales que ya no se producen por razones de mercado, en primer lugar las vacunas; la abolición o, al menos, la reducción de los tiempos de duración o en cualquier caso la adquisición por parte de la OMS de las patentes relativas a los fármacos esenciales; el control público sobre los precios internacionales de los medicamentos y la previsión de precios políticos para los países pobres; la imposición a las empresas farmacéuticas privadas de la obligación de producir y distribuir gratuitamente a los gobiernos de los países más pobres una parte de sus productos, tal vez acompañada de incentivos y desgravaciones fiscales.

Por lo demás, todo esto no sólo vale para los países pobres o atrasados. En efecto, la sanidad es el sector en el que se manifiesta de la manera más ejemplar el carácter no sólo inicuo sino también antieconómico de las privatizaciones en relación con la gestión pública. El Informe de 2005 sobre el desarrollo económico ilustra dos casos emblemáticos: Estados Unidos y China. Estados Unidos es el país que más gasta en el mundo en salud —el 13% de la renta nacional— y, al mismo tiempo, es el único país rico que carece de un servicio sanitario universal. El resultado es una asistencia sanitaria profundamente desigual: tratamientos avanzadísimos para quien puede disponer de seguros costosos, ausencia de prestaciones sanitarias para el que no está asegurado y, en el conjunto, un sistema sanitario más carente que en la mayor parte de los países europeos, dado que deja sin asistencia a 45 millones de personas, pre-

ferentemente hispanos y afroamericanos. La consecuencia es la muerte prematura de al menos 18.000 ciudadanos estadounidenses cada año y una tasa de mortalidad infantil creciente, superior a la de muchos países industrializados y similar a la de Malasia, que tiene una renta per cápita equivalente a un cuarto de la de Estados Unidos[223].

El otro ejemplo es China comunista. Aunque en los últimos dos decenios China ha sido el país del mundo que ha registrado el mayor crecimiento económico, las condiciones de la asistencia sanitaria han empeorado en su conjunto a causa del desmantelamiento en los años ochenta del sistema médico cooperativo, que aseguraba la asistencia a la casi totalidad de la población. Actualmente, la asistencia sanitaria, por la cual China gasta un total del 5% de su producto interior bruto, está encomendada sobre todo a aseguradoras privadas, mientras que el gasto público en sanidad no llega al 2% del PIB. A esta sustancial privatización de la sanidad ha contribuido también fuertemente la descentralización fiscal, que ha privado a las regiones más pobres de los ingresos necesarios para asegurar la asistencia y hasta las vacunaciones. Es, sobre todo, la población campesina la que sufre las consecuencias. De ella, cerca del 70-80% carece de seguro sanitario y, así, la mortalidad infantil, que en Shangai y Pekín es del 0,8%, ha alcanzado el 6% en la provincia de Guizhou, la más pobre[224].

16.25. *La democracia cosmopolita como construcción jurídica. Espacio y tiempo en los horizontes de la política. Realismo a corto plazo y realismo a largo plazo*

En este capítulo se ha visto que la globalización y la crisis de la soberanía de los Estados nacionales que ha provocado requieren el desarrollo de un constitucionalismo mundial y la construcción de una esfera pública global como únicas alternativas racionales a un futuro de guerras, violencias y devastaciones; que esta perspectiva está ya diseñada e impuesta normativamente por esa constitución embrionaria del mundo integrada por la Carta de la ONU y las convenciones internacionales de derechos humanos; que la misma comporta un cambio de paradigma de la democracia constitucional más allá de su modelo estatalista y a la altura de los problemas globales.

Desgraciadamente, lo que sucede no permite ningún optimismo. Hoy la democracia está presente sobre todo en la parte del mundo económicamente más avanzada: en Europa, América y en otros pocos países, cuyo desarrollo y cuya riqueza, por otro lado, se apoyan en gran medida en el subdesarrollo, económico y político, del resto del planeta. Además, en estos mismos países la democracia es sumamente frágil e imperfecta; es sobre todo política y bastante poco social, al haber sido desmantelados o privatizados de distintas maneras los sistemas de *Welfare*, y está caracterizada por fuertes desequilibrios y un alto grado de inefectividad.

En ellos, la propia democracia política y liberal es presa de una fuerte involución, debida a la pérdida de representatividad de los partidos, la crisis de la legalidad y la publicidad del ejercicio del poder, los crecientes conflictos de intereses entre esfera pública y poderes privados, las tentaciones fundamentalistas y las pulsiones xenófobas y racistas presentes en el medio social y reproducidas en los sectores de gobierno. En fin, sobre todo, a causa del creciente desplazamiento a escala global de los máximos poderes políticos y económicos, el futuro de las mismas democracias nacionales depende cada vez más de una refundación democrática del orden internacional, de la que no se aprecia ningún signo. Por eso hay que constatar la crisis del proyecto constitucional formulado tras la segunda guerra mundial. El principio de la paz, que es la razón de ser y la norma fundamental de las Naciones Unidas, ha sido archivado por las «nuevas guerras» promovidas en los últimos quince años por las potencias occidentales. Ha seguido la desautorización de la ONU en favor de Estados Unidos como garante de un «orden» mundial cada vez más marcado por el crecimiento de las desigualdades, la concentración de las riquezas, las devastaciones medioambientales y la expansión de la miseria, el hambre y la explotación del resto del mundo.

Por otra parte, en el actual paradigma de las democracias nacionales hay dos aporías que impiden a la política hacerse cargo de los enormes problemas generados por la globalización y paralizan en ellas la programación institucional. Se trata de dos aporías ligadas, una a la relación entre democracia política y *espacio*, la otra a la relación entre democracia política y *tiempo*.

La primera aporía, ya apuntada en el § 16.10, consiste en el fin del nexo entre democracia y Estado. En todos los países del mundo —excluido Estados Unidos, y sobre todo en los países pobres— se ha roto la relación entre democracia y Estado territorial, o sea, entre pueblo y representantes. Los pueblos ya no son gobernados por sus representantes, dado que las decisiones más importantes para su vida se toman fuera de las fronteras de sus Estados. Por eso el orden internacional no es democrático, al estar gobernado por las mayorías de una minoría, los países ricos de Occidente, que equivalen a un quinto de la humanidad. Aunque sólo sea por esto, es claro que la política de esta minoría, si quiere mantener sin alteración los actuales privilegios, es inevitable y «democráticamente» discriminatoria, al estar sus horizontes rígidamente limitados a los espacios nacionales por la búsqueda del consenso electoral. Así, la conservación de nuestros tenores de vida *implica* la miseria y el subdesarrollo del resto de la humanidad, en contradicción con los derechos humanos establecidos en las cartas internacionales.

La segunda aporía, todavía más grave, tiene que ver con el cambio de la relación entre democracia y tiempo. Los tiempos de la política en nuestras sociedades democráticas, también a causa de sus degradaciones videocráticas y de la práctica cotidiana de las encuestas de opinión, son cada vez más breves, incluso brevísimos. La política está perdiendo las

dimensiones del tiempo: tanto la memoria del pasado, es decir, de esos «nunca más» de los que nacieron las constituciones y las cartas de la segunda posguerra, como la perspectiva y el planeamiento del futuro no inmediato. Está afectada tanto de amnesia como de miopía. De otro modo no se explicaría la rehabilitación de la guerra como medio de solución de las controversias internacionales, la remoción de nuestro horizonte de los problemas del hambre y la miseria en el mundo y de los peligros que de ellos pueden seguirse para la paz y la seguridad, y la indiferencia irreflexiva e irresponsable ante las calamitosas previsiones acerca del futuro de nuestro planeta. Como no se explicaría la ilusión de que la economía global pueda autogobernarse y prescindir de una esfera pública heterónoma de nivel internacional. En suma, la democracia actual, fundada en la comunicación televisiva y en las encuestas, sólo conoce tiempos brevísimos: no recuerda e incluso prescinde del pasado; no se hace cargo del futuro, es decir, de lo que acaecerá más allá de los vencimientos electorales.

A causa de estas dos aporías, ligadas ambas a sus estrechos horizontes espaciales y temporales, la democracia política entra en conflicto con la racionalidad política, es decir, con los intereses vitales del planeta a largo plazo, que, obviamente, afectan también a la seguridad y a la supervivencia de los propios países ricos y democráticos. En efecto, los problemas y las crisis actuales presentan una terrible novedad en relación con todas las crisis del pasado. Es el carácter irreversible de las catástrofes que amenazan el futuro de la humanidad, en el caso de que no se tomen en serio las promesas de paz, de garantía de los derechos y de salvaguarda del medio ambiente contenidas en las numerosas cartas internacionales de derechos humanos.

La primera catástrofe es la nuclear. En efecto, el peligro atómico no ha desaparecido con el fin del equilibrio del terror entre las dos grandes superpotencias. Por el contrario, ha crecido a causa del aumento de los gastos militares y de la proliferación incontrolada de los armamentos nucleares, químicos y bacteriológicos, dotados de capacidades destructivas sin parangón en el pasado. Y sin embargo, sigue pareciendo una utopía el único remedio racional para esta amenaza: la prohibición de las armas como bienes ilícitos, con objeto de instituir ese monopolio no estatal sino internacional de la fuerza que está en la lógica de la Carta de la ONU.

La segunda catástrofe, todavía más alarmante, es la destrucción del medio ambiente. Nuestra generación ha producido daños irreversibles y crecientes de año en año a nuestro ambiente natural. Estamos destruyendo el planeta en una carrera loca hacia el desarrollo insostenible. Hemos masacrado especies animales enteras, despoblado los océanos, consumido gran parte de los recursos energéticos, envenenado el mar y los ríos, contaminado el aire y el agua, deforestado y cubierto de cemento millones de hectáreas de tierra. Estamos sobrecalentando el planeta y provocando, con el deshielo de los glaciares y la subida del nivel de los mares, huracanes, desertizaciones e inundaciones de enteras zonas de costa.

En consecuencia, la novedad de las crisis actuales consiste en que plantean la posibilidad de desastres irreparables. El tiempo de que dispone la humanidad es un tiempo finito y no infinito, y sin embargo demasiado largo para la óptica miope del corto plazo que hoy caracteriza a la política, que limita su atención a los intereses inmediatos y nacionales y, en cualquier caso, no más allá de la generación actual. La razón jurídica y política ha extraído siempre las lecciones necesarias de otras catástrofes naturales, incluso de las más terribles —basta pensar en la segunda guerra mundial y en el horror del Holocausto—, suscribiendo frente a la posibilidad de su repetición nuevos pactos sociales de convivencia y nuevos «nunca más». A diferencia de todas las demás catástrofes pasadas, la nuclear y la ecológica —el agujero en la capa de ozono, los cambios climáticos, el crecimiento del nivel de los océanos, el agotamiento de los recursos energéticos— son en gran medida irremediables, y quizá nos falte tiempo para obtener las lecciones debidas. Por primera vez en la historia existe el peligro de que se adquiera conciencia de la necesidad de cambiar de camino y de establecer un nuevo pacto, un nuevo «nunca más», cuando ya sea demasiado tarde. Ciertamente, habrá que llegar en todo caso a ese nuevo pacto. Pero esta vez no podemos permitirnos el lujo de esperar. Es posible que antes la humanidad se destruya a sí misma o devaste el planeta. La historia no sólo ya no puede concebirse con seguridad como progresiva, sino que tiene a la catástrofe en su horizonte, lo que impone al proceso de construcción de una esfera pública mundial una lucha contra el tiempo. Y esta lucha está destinada a la derrota, a menos que la política cambie de tiempos y horizontes.

Todo esto vale más que nunca para confirmar el valor del constitucionalismo y de las garantías de la paz y los derechos fundamentales que lleva asociadas, para tutela del futuro de todos, incluidos nuestros países ricos, incluidas las generaciones futuras. Por otra parte, precisamente, el contraste entre los tiempos de la política cotidiana y los tiempos de los procesos degenerativos en curso hace aún más importante la distinción entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía llevada a cabo en este libro. Las instituciones de gobierno, legitimadas por las cambiantes y contingentes mayorías, son las instituciones del corto plazo, de la política del día a día, también por esto legitimadas para gestionar sobre todo la que he llamado la «esfera de lo decidible». En cambio, son sobre todo las instituciones de garantía las encargadas de las decisiones relativas a la «esfera de lo no decidible (que o que no)» —los límites y vínculos fundamentales en garantía de la paz y de los derechos vitales— las que requieren y a la vez permiten el largo plazo, necesario, en contraste con los poderes y los intereses dominantes, para reducir las desigualdades, poner en marcha el desarrollo de los países pobres, prevenir catástrofes ambientales o nucleares. Y, como ya se ha dicho, éstas son, precisamente y sobre todo, las instituciones que reclama el paradigma del constitucionalismo internacional.

Así pues, el futuro de la paz y de la democracia depende de que la cultura política recupere la capacidad de planearlo, junto con sus técnicas e instituciones de garantía. En efecto, es necesario evitar la falacia en la que incurre una parte de la filosofía política y jurídica «realista». En las crisis y en los procesos en curso, incluidos los más destructivos —de las guerras a las agresiones al medio ambiente y a las violaciones de derechos humanos— no hay nada de natural, ni de necesario o de inevitable. Estos procesos son el fruto de opciones políticas, o de un vacío de la política, si se prefiere, y pueden ser afrontados, contrastados y neutralizados a través de la construcción y la actuación de garantías idóneas. Así ha sido siempre en la historia de las instituciones. Por eso no deben confundirse problemas políticos y problemas teóricos, improbabilidad política e impracticabilidad teórica, con el efecto de imputar la primera a la segunda y de desresponsabilizar así a la política y legitimar lo existente. Ya que este tipo de «realismo», tras de la descalificación como utópico o falto de realismo de lo que contrasta con el curso actual de las cosas, acaba por acreditar como inevitable lo que es, en cualquier caso, obra de los hombres y de lo que los poderes económicos y políticos más fuertes tienen gran parte de la responsabilidad. En particular, carece de sentido sostener, con realismo, que el diseño universalista de la ONU es una utopía y que ha quebrado debido a que los pasados fracasos han demostrado su impotencia, por carencia de estructuras, de medios y de poderes. La ONU no es una institución extraterrestre. Su actual impotencia, así como su futuro y con él el futuro de la paz y de los derechos humanos, no dependen de su naturaleza, sino únicamente de la disposición de las grandes potencias de Occidente, empezando por Estados Unidos, a renunciar a su papel de dominio y a sujetarse también ellas al derecho, lo que jugaría a favor de sus propios intereses a largo plazo.

Esto significa que la verdadera oposición no se da entre realismo y utopismo, sino entre realismo a corto plazo y realismo a largo plazo. La hipótesis menos realista a largo plazo es que la realidad pueda permanecer indefinidamente tal como es ahora: que podremos seguir por mucho tiempo basando nuestras ricas democracias y nuestros irreflexivos tenores de vida en el hambre y la miseria del resto del mundo, en la fuerza de las armas y en el desarrollo insostenible de nuestras economías. Siendo realistas, todo esto no puede durar. No obstante los numerosos fracasos de la ONU en estos últimos años, el proyecto jurídico delineado por el constitucionalismo internacional representa a largo plazo, como advertía el preámbulo de la Declaración Universal de 1948, la única alternativa realista a la destructiva ley del más fuerte. Tras la quiebra de las utopías revolucionarias del siglo pasado, fundadas en la desvalorización «realista» del derecho, hemos de reconocer que no existen alternativas realistas al derecho. Por el contrario, son las políticas realistas de corto alcance las que cultivan una utopía: la idea de que el mundo puede ser gobernado por la guerra y el mercado, que el crecimiento industrial pue-

de ser ilimitado, que podrá resistirse durante mucho tiempo la presión de los excluidos en las fronteras de Occidente.

En resumen, la idea, tácitamente avalada por el realismo a corto plazo de que la alternativa de un constitucionalismo global no es realista equivale a una falacia naturalista, que confunde lo que acaece con lo que no puede no acaecer, y, por eso, a una abdicación de la razón y de la política que da aliento a los procesos de disolución del derecho actualmente en curso. Es cierto, en efecto, que no obstante las pasadas caídas y fracasos siempre sería posible un curso diferente de la historia; que dependerá, también como siempre, del papel que la política y el derecho sean capaces de cumplir. De ello se sigue una específica responsabilidad también para la cultura jurídica y política. Hay una paradoja epistemológica que caracteriza a nuestras disciplinas: el universo descrito por ellas está, al menos en parte, construido por ellas mismas. Depende, pues, también de la cultura jurídica y política la construcción futura del derecho y, sobre todo, que su paradigma constitucional sea tomado y practicado en serio. Además, la filosofía política y la ciencia jurídica nunca se han limitado a conocer el derecho, sino que han proyectado también su desarrollo y sus estructuras, cumpliendo además un papel performativo de su objeto y del sentido común creado en torno a él. Así ha sido para el estado de derecho y para nuestras frágiles democracias. No hay razón para pensar que no va a ser lo mismo para el derecho internacional. También porque ahora ya el paradigma de una democracia cosmopolita garante de la paz y de los derechos humanos, inscrito en las convenciones internacionales, corresponde a las expectativas y al sentido común que van afirmándose cada vez más a medida que crecen las interdependencias del mundo.

16.26. *La democracia cosmopolita como construcción social. La lucha por el derecho. Optimismo metodológico*

El desarrollo y la generalización de este sentido común en torno al valor de la paz y de los derechos humanos es lo que puede restituir a la política los amplios horizontes y el largo plazo necesarios para el planeamiento institucional de una democracia internacional. Todo lo que se ha dicho en el § 13.20 a propósito de los ordenamientos nacionales —la democracia como construcción social— vale también para el derecho internacional. Las constituciones, y en general el derecho, son conjuntos de significados. Rigen, funcionan, sirven para vincular la política a la realización de su proyecto normativo, en la medida en que sea socialmente compartido el pacto de convivencia estipulado con ellos. De otro modo se empañan y desvanecen junto con los valores que garantizan, sin necesidad de golpes de estado o de rupturas institucionales.

Por eso, la formación de un sentido cívico ampliado, anclado en nuestra común identidad de seres humanos y en la participación tan general como sea posible en los comunes intereses vitales, tal como se expresan

en el principio de la paz, la universalidad y la indivisibilidad de los derechos estipulados, es condición pragmática de efectividad de un constitucionalismo global. La globalización es bajo este aspecto un factor de unificación. La población del planeta es hoy, y cada vez más, una única población. No obstante las crecientes desigualdades, su gran mayoría —los pueblos de los países pobres y los pobres de los países ricos— está unida por una misma condición de debilidad, de exposición a violencias y a atropellos, de precariedad en las condiciones de vida, salud y seguridad. Los mismos riesgos y amenazas de guerra infinita y de catástrofes medioambientales están produciendo, con su carácter global, la unificación de toda la humanidad como nuevo sujeto colectivo, unido por la exigencia universalista de la autoconservación: exactamente la misma demanda, el mismo instinto y la misma razón social que sirvieron de base al artificio jurídico en la hipótesis hobbesiana.

Así se manifiesta, también en el plano internacional, el nexo ya ilustrado entre derechos fundamentales, lucha por los derechos y sujetos colectivos. En efecto, como se dijo en el § 13.20, va ínsita en la forma lógica de los derechos fundamentales como derechos universales su capacidad de aunar y movilizar —en el momento de su reivindicación, en el de su conquista y después en el de su defensa— a sujetos colectivos incluyentes en cuanto portadores de intereses generales o de todos. Las subjetividades colectivas, cualesquiera que sean, se forman siempre sobre la base de los intereses y de las identidades comunes en torno a las que las personas individuales se reconocen y movilizan. Son *subjetividades excluyentes* las que se forman sobre la base de identidades étnicas, nacionales, religiosas o corporativas, en virtual conflicto con otras. En cambio, son *subjetividades incluyentes* las que se forman con fundamento en la simple identidad de persona y, por eso, del universalismo de los derechos humanos como derechos de todos: aunando, en la misma lucha por los derechos, a los sujetos oprimidos por sus violaciones y a los movimientos de masas y de opinión que se organizan y movilizan en su apoyo sobre la base de la solidaridad generada por el carácter igual e indivisible de los derechos lesionados o reivindicados.

Es a partir de esta movilización como puede nacer y desarrollarse la esfera pública internacional. Sólo se construye una esfera pública cuando se ponen en común y se reivindican, como necesidades y expectativas de todos, intereses que requieren políticas, regulaciones e instituciones supraordenadas y heterónomas respecto de los sujetos singularmente interesados. Se construyó la esfera pública estatal —primero liberal, después política y en fin social— a medida que fue formándose el estado de derecho moderno, a partir de las revoluciones y las luchas de los sujetos excluidos, que en cada caso sometieron e hicieron a las instituciones políticas funcionales a la tutela de nuevas y diversas generaciones de derechos fundamentales. Se ha tratado siempre de movimientos —liberales, socialistas, obreros, feministas, pacifistas, ecologistas, antisegregacionistas— que fundaron su solidaridad interna en la igualdad expresada por

el universalismo de los derechos reivindicados y conquistados en cada ocasión. Hoy la lucha por la paz y por los derechos humanos a escala internacional y la emergencia planetaria provocada por la común amenaza de catástrofes ambientales sirven para unir virtualmente a toda la humanidad como actor de la transformación. Es en esta lucha global, bajo la enseña del sentido de la igualdad y de la solidaridad ampliado a todos los seres humanos y a las generaciones futuras, donde residen el sustrato material y cultural y, al mismo tiempo, la condición de efectividad de una esfera pública y una democracia cosmopolita capaz de superar las antiguas desconfianzas y hostilidades generadas por tantos pequeños y mezquinos intereses y por la identidad y las pertenencias excluyentes de tipo nacional o religioso.

Este sustrato material y cultural es ya en parte una realidad. Al menos en principio, valores como la paz, la igualdad, la vida y la dignidad de la persona son hoy compartidos en una medida incomparablemente superior que hasta ahora. Operan como fuentes de legitimación y, si son violados, de deslegitimación que a la larga no podrá dejar de tenerse en cuenta en nuestras democracias. Hoy más que nunca se perciben como indivisibles. Por otra parte, más aún de lo que se ha visto en el § 13.13 a propósito de las democracias nacionales, existe una sinergia indudable entre las diversas dimensiones de la democracia internacional. Sin la satisfacción de los mínimos vitales, negada a gran parte de los seres humanos, tienen bien poco sentido las garantías de los derechos políticos y de libertad, a su vez esenciales para las luchas en defensa de los derechos sociales. A la inversa, la perspectiva y el concreto planeamiento de un posible orden internacional basado en la efectiva garantía de los derechos sociales puede convertirse en el principal factor de relegitimación de la política, el mayor factor de movilización social y el más seguro antídoto contra las regresiones fundamentalistas y las derivas populistas. Tal es la perspectiva que ha animado durante estos años la lucha por el derecho y por los derechos de los movimientos llamados antiglobalización —la idea de que «otro mundo es posible», según su afortunado eslogan— y que podrá orientar mañana una transformación política e institucional dirigida a la efectiva globalización de los derechos y de las correspondientes funciones y responsabilidades[225]. Más allá de los miopes egoísmos nacionales y generacionales, la política volverá a encontrar el largo plazo del interés general cuando se desarrolle una conciencia generalizada de la globalidad de los problemas y de sus soluciones, así como de la concreta posibilidad de actuación del paradigma normativo de la democracia constitucional[226].

Así como el pesimismo realista es derrotista y paralizante, el optimismo, en cuanto perspectiva de la transformación posible, debe ser consecuentemente asumido como un principio metodológico de la acción política y antes aún de la filosofía política. Sin «esa esperanza de tiempos mejores», escribió Kant, «nunca hubiera entusiasmado al corazón humano un deseo serio de hacer algo provechoso para el bien universal»[227].

Esta «perspectiva de que el futuro puede ser mejor», añadió, es también un principio moral, dado que refleja una «benevolencia desinteresada, pues llevaremos mucho tiempo en la tumba antes de que se cosechen los frutos que en parte hemos sembrado nosotros mismos»[228]. Y es que la política sólo puede obtener sentido y valor de los horizontes diseñados por ella misma. Frente al determinismo de quien considera que el mundo en que vivimos es el único posible, Kant escribió además: «Como el género humano se halla en continuo avance por lo que respecta a la cultura, que es su fin natural, también cabe concebir que progresa a mejor en lo concerniente al fin moral de su existencia, de modo que este progreso sin duda será a veces *interrumpido* pero jamás *roto*. No tengo necesidad de demostrar esta suposición; es el adversario de ella quien ha de proporcionar una prueba...». Y «por incierto que me resulte y que me siga resultando siempre si cabe esperar lo mejor para el género humano, esto no puede destruir, sin embargo, la máxima —ni, por tanto, la necesidad de presuponerla con miras prácticas— de que tal cosa es factible»[229].

Este «esperar lo mejor para el género humano» está hoy diseñado, a escala nacional y supranacional, por el proyecto constitucional de convivencia civil formulado tras los horrores de las dos guerras mundiales. Como ya se ha dicho, nada autoriza a afirmar que tal diseño sea, en el plano teórico, irrealizable. Su realización depende únicamente de la política, y precisamente de la voluntad de los países más poderosos. Es el único y verdadero problema: la crisis de ese proyecto de paz y de igualdad en los derechos que precisamente la política había estipulado como reacción a las tragedias del pasado. La paradoja es que esta crisis se ha producido en una etapa de transición de las que hacen época en la que es cierto que, en el transcurso de pocos decenios, los actuales procesos de integración conducirán en todo caso a un nuevo orden planetario. El carácter de este nuevo orden dependerá de la política y el derecho: si Occidente se encerrará en una fortaleza asediada, si la superioridad militar y económica de Estados Unidos dará vida a un nuevo y obtuso imperialismo, si se acentuarán las desigualdades y la pobreza y se desarrollarán nuevos fundamentalismos, nuevas guerras y violencias; o si prevalecerá la razón y por eso la voluntad de dar actuación a ese proyecto racional de un constitucionalismo global del que dependen la paz y la misma seguridad de nuestras democracias. En todo caso, la estipulación, hace sesenta años, de aquel proyecto revolucionario ha sido, para recoger de nuevo las palabras de Kant a propósito de la Revolución francesa, «ese acontecimiento [que] es demasiado grande, demasiado ligado al interés de la humanidad» como para que no llegue un día en el que «la constitución anhelada logre aquella firmeza en el ánimo de todos que la enseñanza de frecuentes experiencias no podrá menos de producir»[230].

Ciertamente, ha escrito Bobbio, remitiendo a Kant, este progreso «no es necesario», sino «solamente posible». Pero depende también de nuestra confianza en esta «posibilidad» y de nuestro rechazo a dar por descontadas «la inmovilidad y la monótona recurrencia de la historia». «Con res-

pecto a las grandes aspiraciones del hombre» formuladas en las diversas cartas y declaraciones de derechos, advirtió, «vamos ya con demasiado retraso. Tratemos de no incrementarlo con nuestra desconfianza, nuestra indolencia, nuestro escepticismo. No tenemos tiempo que perder. La historia, como siempre, mantiene su ambigüedad procediendo en dos direcciones opuestas: hacia la paz o hacia la guerra, hacia la libertad o hacia la opresión. El camino de la paz y de la libertad pasa ciertamente a través del reconocimiento y la protección de los derechos del hombre [...] No se me oculta que es un camino difícil. Pero no existen alternativas»[231].

NOTAS

1. Cf. una reseña en R. J. Dupuy (ed.), *Manuel sur les Organisations internationales*, Nijhoff, London, 1998; M. Diez de Velasco, *Las organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, [12]2002; M. R. Allegri, *Le organizzazioni internazionali. Strategie e strumenti della comunità internazionale*, Cedam, Padova, 2002; B. Conforti, *Diritto internazionale* [1976], Editoriale Scientifica, Napoli, [6]2002. Cf. también S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002; Íd., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

2. Sobre el sistema de las fuentes en el derecho internacional, cf. R. Monaco, «Fonti del diritto. IV. Diritto internazionale», en *Enciclopedia giudirica Treccani*, cit. vol. XIV, 1989; L. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Clarendon, Oxford, [4]1990; B. Conforti, *Diritto internazionale*, cit., pp. 35-190. Sobre sus alteraciones en la era de la globalización, cf. C. Pinelli, «Le fonti del diritto nell'epoca dell'internazionalizzazione»: *Diritto pubblico* (1995), 381 ss.; G. F. Ferrari, «I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali», en Íd. (ed)., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001; G. Zaccaría, «Trasformazioni e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi»: *Ragion pratica* 22 (2004), 93-120. Sobre las alteraciones producidas por el proceso de integración europea, cf. N. MacCormick, «Beyond the Sovereign State»: *The Modern Law Review* 56/1 (1993); M. Cartabia y M. Luciani, «Note sul rapporto fra costituzioni nazionali e integrazione sovranazionale nella giurisprudenza dei tribunali costituzionali europei»: *Diritto pubblico* (1995), 651 ss.; véase además la literatura citada *infra* en la nota 138.

3. Es obvio que no se trata de tesis verdaderas o falsas, sino, precisamente, de «concepciones» teóricas diversas, más o menos adecuadas a sus finalidades explicativas. Éste es un clásico caso del papel performativo de la teoría del derecho, con evidentes y relevantes implicaciones prácticas, que van desde la misma cualificación del derecho internacional como «derecho» a las diversas concepciones de sus relaciones con los ordenamientos nacionales. Cf. G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, Cedam, Padova, [4]1995, cap. IV, pp. 66-74; A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1956, vol. I, pp. 191-232; R. Monaco, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, Utet, Torino, 1960, pp. 126-143; F. Rigaux, «Hans Kelsen e il diritto internazionale»: *Ragion pratica* 6 (1996), 79-84; Ch. Leben, «Un commento a Rigaux»: *ibid*., 105-120. Para un replanteamiento de la cuestión, cf. también R. Guastini, «Diritto internazionale e diritto interno: monismo o dualismo?», en Íd., *Lezioni di teoria costituzionale*, Giapicchelli, Torino, 2001, pp. 55-68.; G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 33-83.

4. G. W. F. Hegel, *Principios de la filosofía del derecho*, Edhasa, Barcelona, 1988, §§ 330-340, pp. 414-420. Según Hegel, «el derecho político externo surge de las *relaciones* entre estados autónomos» (*ibid.*, § 330, p. 414); «Como consecuencia de ello un estado tiene frente a otro una autonomía soberana» (*ibid*, § 331, p. 414); «La realidad inmediata en que se encuentran entre sí los estados se particulariza en una multiplicidad de relaciones cuya determinación emana del arbitrio independiente de ambas partes y tiene por lo tanto la naturaleza formal de los *contratos*» (*ibid.*, § 332, p. 416). De donde se sigue una tesis típicamente hobbesiana (sobre la que puede verse, *infra*, nota 21): «Pero, puesto que su relación [la de los estados] tiene como principio su soberanía, los estados están entre sí en estado de naturaleza, y sus derechos no tienen *realidad efectiva* en una voluntad universal que se constituye como poder por encima de ellos, sino sólo en su voluntad particular» (*ibid.*, § 333, p. 416); «Por lo tanto, en la medida en que las voluntades particulares no llegan a un acuerdo, las disputas entre los estados sólo pueden decidirse por la *guerra*» (*ibid.*, § 334, p. 417). La tesis monístico-estatalista fue recogida, entre otros, por G. Jellinek, cf. *Teoría general del Estado*, ed. de J. L. Monereo, Comares, Granada, [2]2000, que fundó el derecho internacional sobre las autolimitaciones de la soberanía aceptadas por cada uno de los Estados.

5. Es la tesis de Kelsen, que titula «La negación del derecho internacional» el § 45 de su *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre* [1920], ed. it. de A. Carrino, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989, dedicado a la crítica de la «construcción del derecho internacional como derecho estatal externo», que considera un corolario del «dogma de la soberanía».

6. H. Kelsen, *Il problema della sovranità*, cit., §§ 50-51, pp. 334-353. Íd., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public»: *Recueil des Cours de l'Académie de droit international* 13 (1926), 231-331; Íd., *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, [2]1958, segunda parte, cap. VI, B), f)-g), pp. 417-422; Íd., *Principles of International Law*, Rinehart and Company, New York, 1952, cap. V; Íd., *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979, cap. VII, §§ 43-44, pp. 323-348. Sobre estas tesis kelsenianas cf. F. Rigaux, «Hans Kelsen e il diritto internazionale», cit., pp. 79-103.

7. Entre los muchos críticos de esta tesis kelseniana, me limito a recordar a R. Monaco, *L'ordinamento internazionale in rapporto all'ordinamento statuale*, Giappichelli, Torino, 1932; G. Balladore Pallieri, «Le dottrine di Hans Kelsen e il problema dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale»: *Rivista di diritto internazionale* (1935), 24-82.

8. H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* [1899], trad. it., *Diritto internazionale e diritto interno*, en la «Biblioteca di scienze politiche e amministrative» de Attilio Brunialti, Utet, Torino, 1913, §§ 1.2, 5 y 10; Íd., «Les rapports entre le droit interne et le droit international»: *Recueil des Cours de l'Académie de droit international* (1923), 77-121; D. Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905, pp. 6-44 y 199-226; G. Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, Giuffrè, Milano, [5]1948, pp. 46-53; G. Morelli, *Nozioni...*, cit., pp. 67 y 73-74; A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, cit., pp. 193-194; R. Monaco, *Manuale...*, cit., pp. 127-129.

9. Así Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 47; G. Morelli, *Nozioni...*, cit., pp. 73-74.

10. Cf. la reseña y el análisis en A. Cassese, «Modern Constitutions and International Law»: *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*

(1986), 335 ss.; R. Guastini, «Diritto internazionale e diritto interno...», cit., pp. 59 ss.

11. Las primeras formas de Estado federal se desarrollaron como consecuencia de procesos de unificación entre Estados ligados antes por el vínculo confederal, más débil. Fue el caso de Estados Unidos —al que se debe la invención del modelo federal— nacido como confederación con la primera Constitución de 1781 y transformado poco después en Estado federal con la actual Constitución de 17 de septiembre de 1787; de Suiza, que fue confederación hasta 1848, cuando se convirtió en Estado federal, si bien manteniendo el nombre de «Confederación Helvética»; de Alemania, constituida como confederación en 1815 y transformada en Estado federal en 1871, luego Estado unitario en 1933 y de nuevo Estado federal en 1949. A veces, sobre todo en el siglo pasado, también se ha producido el proceso inverso, en virtud del cual Estados unitarios se han convertido en federales. Es el caso de muchas repúblicas de América Latina, como México, Venezuela, Brasil, Argentina, y también Rusia, Estado unitario bajo el régimen zarista, transformado en federal con la institución de la URSS, en 1922, y aún hoy república federal compuesta por 21 repúblicas y 68 entre provincias y territorios.

12. El sistema de las fuentes comunitarias está diseñado así en el art. 249 del Tratado: «El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes». Hay que añadir que, según constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencias de 4 de diciembre de 1974, en la causa 41/74 *van Duyn/Home Office*; de 6 de mayo de 1980 en la causa 102/79 *Comisión/Reino de Bélgica*; de 19 de enero de 1982 en la causa 8/81 *Becker/Finanzamt Münster-Innenstadt*; de 19 de noviembre de 1991, en las causas C-6/90 y C-9/90 *Francovich/Repubblica Italiana*) también las directivas deben ser directamente aplicadas cuando, como sucede cada vez más a menudo, su formulación es suficientemente precisa y detallada como para no requerir normas de actuación. Además, la supremacía jerárquica de las normas del derecho comunitario sobre el derecho de los países miembros ha sido repetidamente afirmada en numerosas decisiones del Tribunal de Justicia a las que han acabado por adecuarse los tribunales nacionales. Se trata de las sentencias de 15 de julio de 1964 en la causa 6/64 *Costa/Enel*; de 9 de marzo de 1978 en la causa 106/77 *Simmenthal*; de 17 de diciembre de 1970 en la causa 106/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, cuya doctrina se recoge en la nota 145. El principio ha sido después positivizado en el art. 1.6 del Tratado Constitucional, que establece: «La Constitución y el derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas prevalecen sobre el derecho de los Estados miembros». Acerca de la preeminencia del derecho comunitario sobre los derechos estatales y sobre las mismas constituciones nacionales, y sobre los diversos tipos de «contralímites» constitucionales o jurisprudenciales opuestos a ella por los 25 Estados miembros —inútil e ilusoriamente, pues ningún Estado ha tenido «el coraje de declarar de verdad la prevalencia de un contralímite sobre las normas comunitarias»—, cf. el ensayo de A. Celotto y T. Groppi, «Diritto Ue e diritto nazionale: primauté *vs* controlimiti»: *Rivista italiana di diritto pubblico comparato* 6 (2004), 1309-1384.

13. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 285-286.

14. B. Conforti, *Diritto internazionale*, cit., pp. 35-48; R. Guastini, «Diritto internazionale e diritto interno», cit., p. 61; G. Zaccaría, «Trasformazioni...», cit., pp. 98-103.

15. Art. 25 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana: «Las normas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal»; art. 28.1 de la Constitución griega: «Las normas de derecho internacional generalmente aceptadas [...] son parte integrante del derecho interno griego»; art. 29.3 de la Constitución irlandesa: «Irlanda acepta los principios del derecho internacional generalmente reconocidos como regla de conducta en las relaciones con los demás Estados».

16. Sobre esta aporía —recordada en el § 15.4 y en las notas 31-33 del capítulo XV— fundó Beccaria su crítica a la pena de muerte, que, como es obvio, puede también extenderse a la guerra.

17. La definición de soberanía como *summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas* [el poder supremo y no sometido a leyes sobre los ciudadanos y súbditos] figura en la traducción latina *De Republica* [1586], lib. I, cap. VIII, de J. Bodino, *Les six livres de la République* [1576], ed. de G. Mairet, Librairie Générale Française, Paris, 1993, p. 111: «La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République». Además, hay que recordar que, para Bodino, el carácter absoluto del poder soberano concurre sólo en relación con las leyes humanas y positivas, y no con las naturales y divinas, a las que, en cambio, está sujeto (*ibid*., p. 121). Sobre estos límites de la soberanía en el pensamiento de Bodino cf. D. Quaglioni, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Cedam, Padova, 1992.

18. Se debe a Locke esta caracterización de la soberanía como «estado de naturaleza» referida no sólo a la soberanía externa (véase *infra* el pasaje del autor citado en la nota 21), sino también a la soberanía interna del monarca absoluto: «Un hombre así, ya sea que lo llamemos 'czar', o 'grand seignior', o cualquier otra cosa, se encuentra, con respecto a los que se hallan bajo su dominio, en el mismo estado de naturaleza en que se encuentra con respecto al resto de la humanidad [...] La única y lamentable diferencia [...] sería ésta: que mientras que en el ordinario estado de naturaleza tiene libertad para juzgar acerca de cuáles son sus derechos y para defenderlos en la medida de sus fuerzas, ahora, siempre que su propiedad sea invadida por voluntad y mandato de su monarca, no sólo le faltará ese recurso de apelación que deben tener los que viven en una sociedad, sino que, como si se le hubiera degradado y no perteneciese ya al orden de las criaturas racionales, se le niega también la libertad de juzgar, o de defender sus derechos. Y así queda expuesto a todos los sufrimientos e inconveniencias que un hombre puede temer de otro que, hallándose en un estado de naturaleza sin limitación alguna, está, además, corrompido por la adulación y armado de poder» (J. Locke, *Segundo tratado sobre el Gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990, cap. 7, § 91, pp. 106-107).

19. Para un análisis más profundo de estas dos historias paralelas, remito a mi obra *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Laterza, Roma-Bari, 1997.

20. F. Vitoria, *De potestate civili* [1528], en *Relecciones Teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria*, ed. de L. G. Alonso, La Rafa, Madrid, 1934, t. II, § 21, pp. 206-207; A. Gentili, *De iure belli libri tres* [1588], ed. de J. Brown Scott, Clarendon, Oxford, 1933, lib. I, cap. I, p. 13; F. Suárez, *De legibus ac Deo legislatore* [1612], ex tipys Fibrenianis, Napoli, 1872, lib. II, cap. XIX, § 5, pp. 155-156; H. Grocio, *De jure belli ac pacis*, proleg., 23.

21. Th. Hobbes, *Leviatán, o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 1989, cap. 21, p. 177. Sigue Hobbes: «Pues igual que entre los hombres a quienes les falta un amo y señor hay una guerra perpetua de cada uno contra su vecino, no hay herencia que pueda legarse a los hijos ni que pueda esperarse del padre, no hay propiedad de bienes y tierras, no hay seguridad, y tiene lugar una libertad absoluta en cada individuo, así también en los Estados y Repúblicas que no dependen mutuamente de otros, es cada Estado, y no cada hombre, el que tiene una absoluta libertad para hacer lo que desee, es decir, lo que el hombre o asamblea de hombres que lo representa juzgue como más conducente al logro de su propio beneficio. Pero actuando así, viven en una condición de guerra perpetua, aprestados para la batalla, con sus fronteras fortificadas y los cañones apuntando a los países vecinos que los rodean» (*ibid.*); también, cap. 13, pp. 108-109: «Pero aunque no hubiese habido ninguna época en la que los individuos estaban en una situación de guerra de todos contra todos, es un hecho que, en todas las épocas, los reyes y las personas que poseen una autoridad soberana están, a causa de su independencia, en una situación de perenne desconfianza mutua, en un estado y disposición de gladiadores, apuntándose con sus armas, mirándose fíjamente, es decir, con sus fortalezas, guarniciones y cañones instalados en las fronteras de sus reinos, espiando a sus vecinos constantemente, en una actitud belicosa». De manera similar Locke: «Como todos los príncipes y los jefes de los gobiernos independientes del mundo entero se encuentran en un estado de naturaleza, es obvio que nunca faltaron en el mundo, ni nunca faltarán hombres que se hallen en tal estado» (*Segundo tratado sobre el Gobierno civil*, cit., cap. 2, § 14. p. 44). La misma tesis es recogida por E.-J. Sieyès, *¿Qué es el tercer estado?*, Alianza, Madrid, 1989, cap. V, p. 149: «Las naciones de la tierra deben concebirse como individuos fuera de toda relación social o, como se dice, en estado natural. El ejercicio de su voluntad es libre e independiente de toda forma civil». En fin, recuérdese la caracterización de la condición de los Estados soberanos en sus relaciones recíprocas como «estado de naturaleza», en los pasajes de Kant citados en las notas 26 y 33 y en el de Hegel citado en la nota 4 de este capítulo.

22. Es difícil negar la coherencia del siguiente pasaje de A. Rocco, que vio en la soberanía del Estado como potestad absoluta la negación de la democracia liberal y el rasgo distintivo del fascismo: «El Estado fascista es el Estado verdaderamente soberano, es decir, el que domina a todas las fuerzas existentes en el país y a todas somete a su disciplina [...] Esta teoría del Estado soberano, en realidad, no es nueva, porque la profesa toda la escuela del derecho público. Esta escuela ha enseñado siempre que la soberanía no es del pueblo, sino del Estado, principio afirmado en todos los escritos de los maestros del derecho público extranjeros e italianos, y también de muchos de nuestros juristas, que en el campo político se declaraban después liberales o demócratas, sin dudar en absoluto por la patente contradicción consigo mismos en que incurrían. En realidad, decir que el Estado es soberano es negar el liberalismo y la democracia, para los que no existe una superioridad de los fines del Estado sobre los de los individuos, como no existe la superioridad del Estado. Tal contradicción, en los mismos hombres, entre la concepción jurídica y la concepción política del Estado, es tanto más maravillosa en cuanto es claro que la teoría del Estado fascista desciende lógicamente de la teoría de la soberanía del Estado» (*La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, «La Voce» Anonima Editrice, Roma, 1927, pp. 18-19).

23. Recuérdense las célebres palabras finales del ensayo de H. Kelsen, *La sovranità...*, cit., p. 460: «Sin duda, el concepto de soberanía debe ser radicalmente

abandonado. ¡Tal es la revolución de la conciencia cultural de la que tenemos mayor necesidad! [...] En efecto, la concepción de la soberanía del Estado —con razón o sin ella— ha obstaculizado hasta ahora todo lo que se orienta a un desarrollo del ordenamiento jurídico internacional en una organización basada en el principio de división del trabajo, en la creación de órganos específicos para el perfeccionamiento, la aplicación y la imposición del derecho internacional, en la ulterior evolución de la comunidad jurídica internacional de su primitiva condición hacia una *civitas maxima*, también en el sentido político-material del término. Este Estado universal como organización universal es la tarea infinita que debe ponerse a todo esfuerzo político».

24. Recuérdese la célebre definición de Grocio del *jus gentium* como «id quod gentium omnium aut multarum voluntate vim obligandi accepit» [aquel que por voluntad de todos los pueblos, o de muchos, recibe fuerza de obligar] (*De jure belli ac pacis libri tres*, cit., lib. I, cap. I, § XIV, 1, p. 30): es decir, como aquel cuya fuerza obligatoria, o sea, cuya juridicidad, depende del consenso de todos o de la mayor parte de los Estados, identificados a su vez con los que antes Grocio había llamado *moratiores*, es decir, más civiles (*ibid*., § XII, 1, p. 28). Es así como el derecho resulta derivado del hecho, y, precisamente, de la voluntad y los intereses de los sujetos más fuertes de la comunidad internacional.

25. H. Bull, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, Macmillan, London, 1977, pp. 46-51; H. Suganami, *The Domestic Analogy and World Order Proposals*, Cambridge UP, Cambridge, 1989; D. Zolo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milano, 1995, en particular, pp. 128-132; Íd., *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 71.

26. La formulación más ilustre de la *domestic analogy* fue la propuesta por I. Kant, *La paz perpetua*, Espasa-Calpe, Madrid, 1982, «Segundo artículo definitivo para la paz perpetua», pp. 21-22: «Los pueblos pueden considerarse en cuanto Estados, como individuos que en su estado de naturaleza (es decir, independientes de las leyes externas) se perjudican unos a otros por su mera coexistencia y cada uno, en aras de su seguridad, puede y debe exigir del otro que entre con él en una Constitución semejante a la Constitución civil, en la que se puede garantizar a cada uno su derecho [...] Del mismo modo que miramos con profundo desprecio el apego de los salvajes a la libertad sin ley, que prefiere la lucha continua a la sumisión a una fuerza legal determinable por ellos mismos, prefiriendo esa actuación a la hermosa libertad de los seres racionales, y lo consideramos como barbarie, primitivismo y degradación animal de la humanidad, del mismo modo —debiera pensarse— tendrían los pueblos civilizados (reunidos cada uno en un Estado) que apresurarse a salir cuanto antes de esa situación infame: en vez de esto, sin embargo, cada *Estado* sitúa más bien su soberanía (*Majestät*) (pues soberanía popular es una expresión absurda) precisamente en no estar sometido en absoluto a ninguna fuerza legal externa y el brillo del jefe de Estado (*Oberhaupt*) consiste en sacrificar a miles de personas bajo sus órdenes por un asunto que no les afecta, sin ponerse él mismo en peligro». La misma tesis se encuentra en I. Kant, «En torno al tópico ‘Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica’», en Íd., *Teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 56-57: «Así como la general violencia, y la necesidad resultante de ella, terminaron haciendo que un pueblo decidiese someterse a la coacción que la razón misma le prescribe como medio, esto es, someterse a las leyes públicas e ingresar en una constitución *civil*, también la necesidad resultante de las continuas guerras con que los Estados tratan una y otra vez de menguarse o sojuzgarse entre sí ha de llevarlos finalmente, incluso contra su voluntad, a ingresar en una cons-

titución *cosmopolita*; o bien, por otra parte, si cierta situación de paz universal (como ha ocurrido múltiples veces en el caso de Estados demasiado grandes) resulta todavía más peligrosa para la libertad, por producir el más terrible despotismo, esta necesidad les llevará entonces a una situación que no es, ciertamente, la de una comunidad cosmopolita sometida a un jefe, pero sí es una situación jurídica de *federación* con arreglo a un *Derecho internacional* comunitariamente pactado». Véanse también de Kant los pasajes citados *supra* en la nota 55 del capítulo XIII, e *infra*, en las notas 33, 34, 58, 59, 63, 68 y 136.

27. «No puede caber duda de que la solución ideal del problema de la organización mundial como el problema de la paz mundial es la creación de un Estado federal mundial compuesto de todas o del mayor número de naciones posibles [...] La sugerencia de conseguir la paz internacional mediante un Estado mundial se basa en la supuesta analogía entre un Estado mundial y el Estado nacional mediante el cual se consigue tan eficazmente la paz nacional» (H. Kelsen, *Peace through Law* [1944], trad. cast. de L. Echavarri, *La paz por medio del derecho*, introd. de M. Latorre y C. García Pascual, Trotta, Madrid, [2]2008, pp. 40-41).

28. «Para el pacifismo jurídico el remedio por excelencia es la institución del superestado o Estado mundial [...] El razonamiento sobre el que se asienta esta teoría es de una sencillez y una eficacia ejemplares: del mismo modo que a los hombres, en el estado natural, les han sido necesarias, primero la renuncia por parte de todos al uso individual de la fuerza, y luego la atribución de la fuerza de todos a un poder único destinado a convertirse en detentador del monopolio de la fuerza, asimismo a los Estados caídos nuevamente en el estado natural a través del sistema de relaciones amenazadoras y precarias que se ha denominado equilibrio del terror, les es necesario cumplir un paso análogo desde la situación actual de pluralismo de centros de poder [...] a la fase de concentración del poder en un órgano nuevo y supremo que posea en relación con los Estados individuales el mismo monopolio de la fuerza que tiene el Estado en relación con los individuos» (N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace* [1966], trad. cast. de J. Binaghi, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982, pp. 80-81).

29. «La *domestic analogy* no es más que una analogía: el hecho de que los Estados formen una sociedad carente de gobierno es el reflejo de características de su condición que son absolutamente únicas» (H. Bull, *The Anarchical Society*..., cit., p. 51); «Como lúcidamente sostuvo Hedley Bull, la referencia a la analogía del sistema jurídico del Estado impide una adecuada comprensión de los aspectos específicos que la doble alternativa derecho/anomia y orden/anarquía presenta en el marco de las relaciones internacionales» (D. Zolo, *Cosmopolis*..., cit., p. 149).

30. Cf., además de los pasajes citados en las notas 21 y 26, Th. Hobbes, *Leviatán*, cap. 17, p. 141; *ibid*., p. 145; J. Locke, *Segundo tratado sobre el Gobierno civil*, cit., cap. 21, § 15, p. 45; *ibid*., cap. 7, § 87, pp. 102-103; *ibid*., cap. 12, §§ 145-146, pp. 151-152; I. Kant, *La paz perpetua*, cit., p. 25; Íd., «Principios metafísicos de la doctrina del derecho», cit., parte II, sec. II, §§ 53-55, pp. 181-185 y § 61, pp. 190-191.

31. Merecen ser citadas las bellas páginas de Letizia Gianformaggio, «La guerra come negazione del diritto»: *Democrazia e diritto* I (1992), 271-298: «La guerra es la negación de la moral, porque es la negación de la razón, porque es un mal infligido a quien no tiene razones para sufrirlo» por «individuos que no tienen ninguna razón para desearlo» salvo el hecho de que «les ha sido ordenado» (*ibid*., p. 271); «La guerra es la negación de la política porque [...] sólo puede generar o incrementar el odio, agravando tremendamente, en vez de resolver, los problemas para cuya solución se dijo que era instrumento» y

porque «la guerra actual sólo puede no acabar nunca [...] o bien concluir con la aniquilación de una parte, lo que significa, como tantas veces se ha dicho y escrito, la aniquilación de ambas partes» (*ibid.*, pp. 271-272); en fin la guerra es la negación de la «esencia del derecho», dado que «el derecho es monopolio de la fuerza para fines de paz» (*ibid.*, p. 272) en alternativa al *bellum omnium* que es propio de la sociedad salvaje sin derecho. De la guerra como «la antítesis del derecho» había hablado también N. Bobbio, «La paz: el concepto, el problema, el ideal» [1989], en *Teoría general de la política*, cit., p. 558. La tesis ha sido recogida por T. Mazzarese, «Guerra e diritti: tra etica e retorica»: *Ragion pratica* 13 (1999), 13-23. En el mismo sentido, me remito, además, a mi *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 27 ss.; S. Senese, «La protezione internazionale dei diritti umani»: *Questione giustizia* 4 (2000), 768-786; Íd., «Memoria e giustizia. La sanzione internazionale della violenza», *ibid.* 5 (2005), 1073-1092.

32. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., cap. 13, p. 107: «Mientras los hombres viven sin ser controlados por un poder común que los mantenga atemorizados a todos, están en esa condición llamada guerra, guerra de cada hombre contra cada hombre»; *ibid.*, cap. 14, p. 111: «La condición del hombre, como ya ha quedado expuesto en el capítulo precedente, es una condición de guerra de cada hombre contra cada hombre [...] Como consecuencia, es un precepto o regla general de la razón el que *cada hombre debe procurar la paz*...». «Mientras que la guerra», escribe Bobbio comentando esta tesis, «es el producto de una inclinación natural, la paz es un 'dictamen de la recta razón', es decir, de la facultad que permite al hombre extraer ciertas consecuencias de ciertas premisas o remontarse a los principios partiendo de ciertos datos de hecho» (N. Bobbio, «Introduzione» a Th. Hobbes, *Opere politiche*, Utet, Torino, vol. I, 1959, p. 24).

33. I. Kant, *La paz perpetua*, cit., sec. II, p. 14: «El estado de paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza (*status naturalis*), que es más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien las hostilidades no se han declarado, sí existe una constante amenaza. El estado de paz debe, por tanto, ser *instaurado*»; *ibid.*, p. 24: «Y, no obstante, la razón, desde el trono del máximo poder legislativo moral, condena la guerra como una vía jurídica y convierte, en cambio, en un deber inmediato el estado de paz, que no puede establecerse o garantizarse, ciertamente, sin un pacto entre los pueblos: tiene que existir», prosigue Kant anticipando la actual Organización de las Naciones Unidas, «una federación de tipo especial a la que se puede llamar la federación de la paz (*foedus pacificum*), que se distinguiría del pacto de paz (*pactum pacis*) en que éste buscaría acabar con una guerra, mientras que aquélla buscaría terminar con todas las guerras para siempre».

34. I. Kant, *La paz perpetua*, cit., p. 25: «Entendiendo el derecho de gentes como un derecho *para* la guerra no se puede pensar, en realidad, nada en absoluto [...] con un concepto así habría que entender, en este caso, que a los hombres que así piensan les sucede lo correcto si se aniquilan unos a otros y encuentran la paz perpetua en la amplia tumba que oculta todos los horrores de la violencia y de sus causantes».

35. Acerca de estos intentos de prohibición de la guerra pueden verse, G. Balladore Pallieri, «Il problema della guerra lecita nel diritto internazionale comune e nell'ordinamento giuridico della Società delle Nazioni»: *Rivista di diritto internazionale* (1930), 342-362 y 509-525 y (1931) 32-53 y 149-170: A. Curti Gialdino, «Guerra (diritto internazionale)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XIX, 1970, pp. 860-870; G. Conetti, «Società delle Nazioni», *ibid.*, vol. XLII, 1990, pp. 1167-1175.

36. Sobre las doctrinas de la guerra justa, cf. R. H. W. Regout, *La doctrine de la guerre juste de Saint Augustin à nos jours d'après les theologiens et les canonistes catholiques*, A. Pedone, Paris, 1935; I. T. Delos, «Sociologie de la guerre moderne et théorie de la guerre juste»: *Guerre et paix* (1953), 201-224; M. Walzer, *Just and Unjust Wars*: *a Moral Argument with Historical Illustrations* (1977), trad. cast. de T. Fernández Aúz y B. Eguíbar Barrena, *Guerras justas e injustas: un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2005; A. A. Cassi, «Dalla santità alla criminalità della guerra. Morfologie storico-giuridiche del bellum justum», en A. Calore (ed.), *Seminari di storia e diritto*. III, *'Guerra giusta'? Le metamorfosi di un concetto antico*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 101-158; F. Rigaux, «La dottrina della guerra giusta», en L. Bimbi (ed.), *Not in my name. Guerra e diritto*, Riuniti, Roma, 2003, pp. 89-122 (trad. cast., *No en mi nombre. Guerra y derecho*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 91-123); Íd., *Guerres et interventions dans le Sud-est Européen*, A. Pedone, Paris, 2004, pp. 15-52; M. Scattola, *Figure della guerra. La riflessione su pace, conflitto e giustizia tra medioevo e prima età moderna*, Angeli, Milano, 2003; U. Staico, *La guerra giusta. Fine di una ideologia?*, Aracne, Roma, 2006.

37. Ésta fue la finalidad de las primeras doctrinas católicas de la guerra justa —primera entre todas la de san Agustín, *De civitate Dei*, III, §§ 10-13 y XV § 5; Íd., *Contra Faustum Manichaeum*, XIII, § 70; Íd., *Quaestiones in Heptateuchum*, en *Patrologia Latina*, ed. de J. P. Migne [1844-1866], reed. Brepols, Turnhout, 1963-1977, t. 34, col. 10—, en oposición a las tesis radicalmente pacifistas inspiradas en el Evangelio, de los primeros Padres de la Iglesia, como Tertuliano, *De corona*, caps. XI y XII, § 4, en *Patrologia Latina*, cit., t. 2, col. 73, y Lactancio, *Divinae Institutiones*, VI, 20, §§ 10-17, en *Patrologia Latina*, cit., t. 6, A, col. 708. Antes aún que san Agustín, san Ambrosio predicó la legitimidad de la guerra en defensa del imperio y por eso de la religión, en *De officiis ministrorum*, I, §§ 27-29, en *Patrologia Latina*, cit., también sobre la base de los precedentes belicistas de Josué y de David (*ibid*., § 35).

38. San Agustín, *Quaestiones*..., cit., VI, 10; Íd., *Contra Faustum Manichaeum*, XII, 70; Santo Tomás, *Summa Theologiae*, BAC, Madrid, 1956, *IIa*, *IIae*, *quaestio* 40, «De bello», pp. 284-285: porque «ad hoc quod aliquod bellum sit iustum, tria requiriuntur. Primo quidem, auctoritas principis, cuius mandato bellum est gerendum. Non enim pertinet ad personam privatam bellum movere [...] Secundum, requiritur causa iusta: ut scilicet illi qui impugnantur propter aliquam culpam impugnationem mereantur [...] Tertio, requiritur ut sit intentio bellantium recta: qua scilicet intenditur vel ut bonum promoveatur, vel ut malum vitetur» [Para esto de que alguna guerra sea justa se requieren tres cosas. Primero, desde luego, la autoridad del príncipe a cuyas órdenes debe hacerse la guerra. Porque no compete a una persona privada declarar la guerra (...) Segundo, se requiere una causa justa; a saber, que aquellos a quienes se ataca merezcan el ataque por alguna culpa (...) En tercer lugar se requiere que la intención de los contendientes sea recta: es decir, aquella con que se pretende ora promover el bien ora evitar el mal].

39. F. de Vitoria, *De iure belli* [1539], ed. de C. Galli, Laterza, Roma-Bari, 2005, *quaestio tertia*, § 4, pp. 30-32: «Una sola causa iusti belli est, scilicet iniuria acepta» [Una sola y única causa hay de guerra justa: a saber, una injusticia recibida], dando por sentado que «non licet pro levibus iniuriis bello persequi auctores iniurarirum» [no es lícito, en defensa de injusticias leves, perseguir con la guerra a los autores de las injusticias]. Las tres *regulae belligerandi* —la guerra como extrema necesidad, la única finalidad de conseguir el propio derecho, el mínimo daño para los enemigos derrotados— se formulan en las «*Conclusio-*

nes», *ibid*., pp. 98-101. En la obra de Grocio, en fin, la *iusta causa* de la guerra se desvanece de hecho, al resolverse en el elemento subjetivo de la buena fe del soberano, que es el único habilitado para valorarla, hasta el punto de que sólo son *iniustae* las usadas como pretexto (*suasoriae*) y las inciertas (*dubiae*) (H. Grocio, *De jure belli ac pacis*, cit., lib. II, §§ 22-23).

40. Es la tesis de Kelsen, sostenida en los pasajes arriba citados, en la nota 15 del capítulo IX. Sobre las tesis kelsenianas en materia de derecho internacional y de guerra, cf., además de F. Rigaux, «Hans Kelsen e il diritto internazionale», cit., y Ch. Leben, «Un commento a Rigaux», cit., D. Zolo, «Il globalismo giudiziario di Hans Kelsen» (1998), en Íd., *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci, Roma, 1998, pp. 21-48. Una firme y generosa defensa del pacifismo kelseniano, frente al severo y «nada generoso» juicio de Zolo, ha sido desarrollada por T. Mazzarese, «Kelsen teorico della guerra giusta?», en A. Calore (ed.), *Seminari di storia e diritto*..., cit., pp. 159-181, que sostiene que la idea de Kelsen de la guerra como sanción no corresponde a la de la «guerra justa», sino a la de la «guerra jurídicamente legítima» (*ibid*., pp. 165-166), y que Kelsen recurre a ella para «identificar los criterios de (i)legitimidad de una guerra» y, por consiguiente, para establecer «en qué casos la guerra puede ser considerada no un ilícito sino una sanción»: lo que, sobre todo, «permite a Kelsen afirmar la juridicidad/obligatoriedad del derecho internacional, según el aparato categorial de su *Reine Rechtslehre*» (*ibid*., pp. 170-171). Por desgracia, más allá de los encomiables fines de Kelsen (según se dijo en el § 9.4, susceptibles de obtenerse de una manera más simple, configurando el ilícito como «acto informal prohibido» y la ausencia de sanción como una laguna de la correspondiente garantía secundaria) la sustancia no cambia, dado que la guerra, como se dirá más adelante, no tiene ninguno de los caracteres de la sanción jurídica aptos para excluir su carácter informal y salvaje (su no aplicabilidad a los inocentes, la formal verificación del ilícito sancionado, su irrogación por parte de un juez tercero, la predeterminación legal de sus presupuestos, sus formas y su medida). Hasta el punto de que Norberto Bobbio ha podido afirmar que «la definición de la guerra, en determinadas circunstancias, como sanción ha sido uno de los elementos constantes de la teoría de la guerra justa» («La paz...», cit., p. 559). La prueba está en la circunstancia de que la misma comparte con las demás concepciones de la «guerra justa» el hecho de que, a falta de rasgos propios de la sanción jurídica —«la *certeza* de los criterios de juicio», «la *imparcialidad* de quien debe juzgar», la garantía de que «el mal o al menos el mal mayor sea infligido a quien no tiene razón»— «una guerra *podía ser justa por ambas partes*» (N. Bobbio, *El problema de la guerra*..., cit., pp. 52-53).

41. *Leviatán*, cit., cap. 28, p. 253: «Todo castigo de súbditos inocentes, ya se trate de un castigo grande o pequeño, va contra la ley de naturaleza porque el castigo es sólo debido a una trasgresión de la ley, y, por tanto, no puede castigarse al inocente». Además, «el mal infligido por autoridad pública, sin que ninguna condenación pública lo haya precedido, no puede calificarse de castigo» (*ibid*., p. 249); «Por último», añade Hobbes de acuerdo con la tesis de la antinomia entre derecho y guerra, «el daño infligido sobre alguien que es enemigo declarado, no puede calificarse de castigo; pues considerando que los enemigos nunca estuvieron sujetos a la ley, nunca pueden, por tanto, transgredirla. O si estuvieron con anterioridad sujetos a ella, y luego profesaron no estarlo, niegan, como consecuencia, la posibilidad de transgredirla; así todos los daños que recaigan sobre ellos habrán de ser considerados como actos de hostilidad» (*ibid*., p. 251).

42. Danilo Zolo considera fracasado el intento de prohibición de la guerra y extiende a las Naciones Unidas el juicio sobre el «clamoroso fracaso» registrado

por la Sociedad de Naciones en este punto (D. Zolo, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari, 2006, cap. I; trad. cast. de E. Bossi, rev. de P. D. Eiroa, *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Trotta, Madrid, 2007). Ciertamente gran parte de este fracaso se debe a la inefectividad estructural (D10.55) de la prohibición de la guerra, fruto de la carencia de adecuadas instituciones judiciales de garantía secundaria. Veremos más adelante, en el § 16.12, los límites de tales instituciones y también del Tribunal Penal Internacional, que entró en vigor el 2 de julio de 2002, que Zolo critica sobre todo porque su competencia para juzgar del crimen de agresión previsto en el art. 5 de su Estatuto se encuentra suspendida hasta que el mismo sea definido por una enmienda que, conforme al art. 121, no podrá ser propuesta antes de 2009. Pero sostener que la prohibición de la guerra, lo mismo que todas las «instituciones universalistas», ha fracasado porque la guerra ha seguido enlutando el planeta, hasta parecer «plenamente normalizada» (*ibid*., pp. 9-10), es como decir que la prohibición del homicidio se ha visto frustrada porque siguen produciéndose miles de esos delitos. Es claro que un proyecto como la construcción de un orden mundial basado en la garantía de la paz y los derechos humanos —mientras que es ilusorio que pueda hacer cesar (y no simplemente desincentivar, que es lo propio del derecho) cualquier guerra y cualquier violación de los derechos humanos— está destinado a encontrar obstáculos y dificultades, que, como sucede con todos los cambios que hacen época, sólo a largo plazo podrán ser, si no superados, al menos afrontados, gobernados y reducidos.

43. Acerca de las condiciones de legitimidad del uso de la fuerza a tenor de la Carta de la ONU, cf. los amplios y rigurosos estudios de P. Picone, «Interventi delle Nazioni Unite e obblighi erga omnes», en Íd. (ed.), *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1955, pp. 517 ss.; Íd., «La ‘guerra del Kosovo’ e il diritto internazionale»: *Rivista di diritto internazionale* 2 (2000), 309-360; Íd., «La guerra contro l’Iraq e le degenerazioni dell’unilateralismo»: *ibid*. 2/4 (2003), 329-393; Íd., «Le autorizzazioni all’uso della forza tra sistema delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale»: *ibid*. 1 (2005), 5-75. Cf., además, N. Ronziti, «Forza (uso della)», en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, cit., 1991, VII, pp. 1 ss.; Íd., *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, 2001, parte I; E. Bettinelli, «Guerre e operazioni di polizia internazionale»: *Il Foro Italiano* (mayo de 2001), cols. 375-381. Véanse también los trabajos relativos a cada una de las últimas guerras, citados *infra* en las notas 47-49.

44. Sobre la oposición entre pena y venganza remito a *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, [9]2009, cap. 6, §§ 24-25, pp. 331-345.

45. M. Kaldor, *New and Old Wars. Organized Violence in a Global Era* [1999], trad. it., *Le nuove guerre. La violenza organizzata nell’età globale*, Carocci, Roma, 1999, pp. 11-23 y 83-105 (trad. cast. de M. L. Rodríguez Tapia, *Las nuevas guerras: violencia organizada en la era global*, Tusquets, Barcelona, 2001); G. Galli, *La guerra globale*, Laterza, Roma-Bari. 2002; D. Zolo, *Globalizzazione...*, cit., pp. 116 y 121-130; Íd., *La justicia de los vencedores*, cit., cap. IV.

46. Entre los muchos libros aparecidos en estos años sobre la guerra, recuérdense: D. Zolo, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Torino, 2000; Íd., *La justicia de los vencedores...*, cit., caps. II y IV; C. Galli, *La guerra globale*, cit.; L. Bimbi (ed.), *No en mi nombre...*, cit.; A. Asor Rosa, *La guerra. Sulle forme attuali della convivenza umana*, Einaudi, Torino, 2002; P. Ingrao, *La guerra sospesa. I nuovi connubi tra politica e armi*, Dedalo, Bari, 2003; B. Riutort (ed.), *Conflictos bélicos y nuevo orden mundial*, Icaria, Barcelona, 2003; G. Bronzini, *I diritti del popolo mondo*, Manifestolibri, Roma, 2003, primera parte; G. de Vergottini, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide*

alla democrazia, Il Mulino, Bologna, 2004; L. Bonanate, *La politica internazionale tra terrorismo e guerra*, Laterza, Roma-Bari, 2004; R. La Valle, *Agonia e vocazione dell'Occidente. Produrre, appropriarsi, dominare: alle radici del nuovo apartheid mondiale*, Terre di mezzo, Milano, 2005. Además, llamo la atención sobre los monográficos *Guerra* de *Parolechiave* 20-21 (1999) y G. Coturri (ed.), *Guerra/individuo*, *Democrazia e diritto* I (1999). Una reseña de los conflictos que han tenido lugar desde el final de la segunda guerra mundial hasta hoy, puede verse en J. Black, *War since 1945* [2004], trad. it., *Le guerre nel mondo contemporaneo*, Il Mulino, Bologna, 2006.

47. Sobre la primera guerra del Golfo, cf. U. Allegretti, «Guerra e costituzione»: *Il Foro Italiano* V (1991), cols. 382-413; R. La Valle, «L'Onu oggi: Anomia o nuovo ordine internazionale?»: *Democrazia e diritto* I (1992), 259-269; L. Ferrajoli y S. Senese, «Quatro proposte per la pace»: *ibid.*, 243-257; L. Gianformaggio, «La guerra come negazione del diritto»: *ibid.*, 271-298; M. Chemillier-Gendreau, «La Carta dell'Onu: la lettera e lo spirito»: *ibid.*, 299-310; R. Falk, «La forza e la guerra nel sistema delle Nazione Unite»: *ibid.*, 311-330.

48. Sobre la guerra de la OTAN en Kosovo, cf. S. Senese, «La insanabile contradizione tra guerra e tutela dei diritti umani»: *Questione giustizia* 3 (1999), 393-399; L. Ferrajoli, «Guerra 'etica' e diritto»: *Ragion pratica* 13 (1999), 117-128; G. Bosetti (ed.), *L'ultima crociata? Ragioni e torti di una guerra giusta*, Libri di Reset, Roma, 1999; D. Zolo, *Chi dice umanità...*, cit.; I. D. Mortellaro (ed.), *Interpretazioni della guerra, politiche per la pace*, Istituto Gramsci Marche, Ancona, 2000; P. Picone, «La 'guerra del Kosovo'...», cit.; E. Sciso (ed.), *L'intervento in Kosovo. Aspetti internazionali e interni*, Giuffrè, Milano, 2001; F. Rigaux, *Guerres et interventions dans le Sud-est Européen*, cit. Cf., además, el monográfico *Guerra* de *Parolechiave* 20-21 (1999) y *Ragion pratica* 13 (1999), ed. de T. Mazzarese.

49. Sobre las dos guerras «contra el terrorismo» tras el 11 de septiembre de 2001, en Afganistán y en Irak, cf. S. Senese, «Guerra e nuovo ordine mondiale»: *Questione giustizia* 1 (2002), 469-484; C. de Fiores, «L'intervento militare in Afghanistan. Profili di diritto costituzionale interno e internazionale»: *Politica del diritto* 1 (2002), 79-110; P. Picone, «La guerra contro l'Iraq...», cit.; G. Chiesa, *La guerra infinita*, Feltrinelli, Milano, 2002; A. Di Blase, «La 'dottrina Bush' e il diritto internazionale», en *Studi in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, pp. 1587-1621; G. Prestipino (ed.), *Guerra e pace*, La Città del Sole, Napoli, 2004.

50. A. Gentili, *De iure belli libri tres*, cit., lib. I, cap. I, p. 12.

51. Es la pérdida de esta asimetría y la concepción del terrorismo como fenómeno híbrido —ni guerra ni crimen— lo que explica que B. Ackerman, *La costituzione di emergenza*, Meltemi, Roma, 2005, haya podido avanzar, para hacerle frente, la «propuesta por una constitución de emergencia» que autorice «al gobierno a detener sospechosos sin las usuales garantías de causa probable o incluso de legítima sospecha propias del derecho penal», con objeto de «demostrar a sus ciudadanos aterrorizados que el fallo era sólo coyuntural y que está reaccionando agresivamente a fin de contener la crisis» (*ibid.*, p. 24).

52. En el *Project for a New American Century*, elaborado en 1998 por los principales colaboradores de George Bush antes de su elección, se afirma que Estados Unidos no deberá tolerar ya nunca potencias industriales o militares competidoras en la escena internacional. Este programa imperial ha sido reafirmado obsesivamente, con tonos de cruzada, en todas las intervenciones públicas del presidente Bush posteriores al 11 de septiembre: en particular, en el discurso del 14 de septiembre de 2001, en el que fue declarada la guerra infinita para «li-

berar al mundo del mal» y en la declaración de la guerra preventiva «de duración indefinible» contenida en el documento estratégico de 17 de diciembre de 2001. Cf. los documentos con la nueva doctrina en AA. VV., *Da Bush a Bush. La nuova dottrina strategica attraverso y documenti ufficiali (1991-2003)*, La Città del Sole, Napoli, 2004; G. Mammarella, *Liberali e conservatori. L'America da Nixon a Bush*, Laterza, Roma-Bari, 2004; G. Borgognone, *La destra americana. Dall'isolazionismo ai neocons*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

53. B. R. Barber, *Fear's Empire. War, Terrorism and Democracy* [2003], trad. it., *L'impero della paura. Potenza e impotenza dell'america nel nuovo millennio*, Einaudi, Torino, 2004; R. Falk, «El eclipse de los derechos humanos», en L. Bimbi (ed.), *No en mi nombre*, cit., pp. 73-87. Sobre el papel de la desinformación y las falsificaciones, promovidas por los aparatos de los servicios secretos y amplificadas por los medios de comunicación, en la construcción del miedo al terrorismo, cf. el documentado estudio de C. Bonini y G. D'Avanzo, *Il mercato della paura. La guerra al terrorismo nel grande inganno italiano*, Einaudi, Torino, 2006. Sobre la información de guerra, cf. también F. M. Corrao, «L'Islam dopo l'11 settembre. Le opinioni e l'informazione»: *Giano*, suplemento al n.º 43 (enero-abril de 2003); M. Torrealta (ed.), *Guerra e informazione. Un'analisi fuori da ogni schieramento*, Sperling e Kupfer, Milano, 2005; C. Veneziano y D. Gallo (eds.), *Se dici guerra umanitaria. Guerra e informazione. Guerra alla informazione*, Bessa, Lecce, 2005; G. Bosetti, *Spin...*, cit.

54. C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Trotta, Madrid, 2011, § XXVIII, p. 205. De manera análoga Carrara, a propósito de las ejecuciones de Saturnino, los Gracos y los cómplices de Catilina y las proscripciones de Sila, en la época romana, escribió que «se efectuaban *jure bellico, non judiciali*; *quasi in hostes devictos*» [por el derecho de la guerra, no por el judicial, como contra enemigos absolutamente derrotados] (*Programa de derecho criminal. Parte General*, Temis, Bogotá, 1956, § 661 bis, p. 109).

55. M. Foucault, «Corso del 17 marzo 1976», en *Bisogna difendere la società*, cit., pp. 206-228.

56. Salvatore Senese ha hablado de una sustitución de la «biopolítica de la muerte» por una «biopolítica de la vida», por obra de la Carta de la ONU y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en «Guerra e nuovo ordine mondiale», cit., pp. 482-483.

57. Con este fundamento Hobbes afirmó el derecho del soldado a huir en la batalla: «Un hombre al que, en su condición de soldado, se le ordena luchar contra el enemigo podrá en muchos casos, sin cometer injusticia, negarse a obedecer esa orden, si bien el soberano tendrá el derecho de castigar su negativa con la muerte [...] Y debe también hacerse alguna concesión a la timidez natural, no sólo de las mujeres, de las que no debe esperarse un servicio tan peligroso, sino también de los hombres cuyo coraje es feminoide. Siempre que los ejércitos luchan, tienen lugar huidas en uno de los bandos, o en los dos; sin embargo, cuando huir no es un acto de traición, sino simplemente de miedo, no se estima injusto que los hombres huyan, sino deshonorable. Por la misma razón, evitar la batalla no es injusticia, sino cobardía» (*Leviatán*, cit., 21, pp. 179-180).

58. I. Kant, «Principios metafísicos de la doctrina del derecho», cit., § 55, pp. 183-184.

59. *Ibid*., p. 184. Cf. también I. Kant, «En torno al tópico...», cit., III, pp. 57-58: «Lo que la buena voluntad hubiera debido hacer, y no lo hizo, finalmente tiene que hacerlo la impotencia: organizar internamente cada Estado de manera que no sea su jefe (a quien la guerra no cuesta realmente nada, porque traslada sus costes a otro, esto es, el pueblo) sino el pueblo, a quien sí le cuesta, el que tenga la última palabra sobre si debe haber guerra o no [...] Pues el pueblo se

guardará muy bien de exponerse al peligro de caer en su propia y particular indigencia —peligro que no afecta al jefe— sólo por ansias de expansión o por mor de presuntas ofensas meramente verbales». Como prueba del carácter totalitario de todo legalismo o estatalismo ético, compárense estos pasajes de Kant y el de Hobbes citado en la nota 57 con los de Hegel que exaltan el valor militar como «la suprema abstracción que hace la libertad» y «la suprema autonomía del *ser por sí*» (G. W. F. Hegel, *Principios de la filosofía del derecho*, cit., §§ 327-328, pp. 411-412); o, peor aún, «la guerra» como medio con el que «la salud ética de los pueblos es mantenida» (*ibid*., § 324, p. 409).

60. Según se lee en el *Human Development Report 2005*, trad. it., *Lo svilupo umano. Rapporto 2005*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2005 (trad. cast., *Informe sobre desarrollo humano 2005*, publicado para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Mundi-Prensa, Madrid, 2005), mientras que el terrorismo a partir de 1998 ha ocasionado cerca de 20.000 víctimas a escala global, sólo el conflicto existente en la República del Congo ha provocado, directa o indirectamente, casi 4 millones de muertos, equivalentes al 7% de la población, más de las bajas sufridas por Gran Bretaña en las dos guerras mundiales (trad. it., p. 34, y pp. 197-200). Igualmente mortíferas han sido la guerra civil de Ruanda, que en 1994 provocó 2 millones de muertos, la de Angola, producida entre 1975 y 2002, que costó un millón de muertos y 4 millones de desplazados, y la de Sudán, de dos decenios de duración, con 2 millones de muertos y 6 millones de refugiados (*ibid*., pp. 199-200 y 213). Véase también (p. 215) la relación de guerras en los países pobres que no son noticia en Occidente aunque los muertos que ocasionan se cuenten por millones y aunque a menudo sean alimentadas por las potencias occidentales, interesadas en sostener a las facciones que mejor les aseguran el control de los recursos naturales. Véase, además (p. 200), el perverso entramado de pobreza y guerra merced al cual casi todos los países pobres han sido teatro de conflictos en los últimos decenios.

61. Recuérdense las disposiciones de emergencia citadas, *supra*, en la nota 135 del capítulo XIII. «La destrucción violenta de vidas y propiedades inherente a la guerra», escribió proféticamente Hamilton, «el esfuerzo continuo y la alarma que acompaña a un estado de constante peligro, obligarán a las naciones más apegadas a la libertad a buscar la seguridad y el descanso en instituciones que tienden a destruir sus derechos civiles y políticos. Para estar más seguros, acaban por estar dispuestas a correr el riesgo de ser menos libres» (A. Hamilton, J. Jay y J. Madison, *El Federalista*, FCE, México, [2]2001, pp. 28-29).

62. Th. Hobbes, *Leviatán*, cit., cap. 13, p. 105.

63. I. Kant, «Si el género humano se halla en progreso constante hacia mejor» [1798], en Íd., *Filosofía de la historia*, prólogo y trad. de E. Imaz, FCE, México, 1978, § 6, pp. 219-220. «Por lo que respecta a los hombres mismos, a lo que en ellos podemos esperar y fomentar, no hay sino una sabiduría negativa que pueda servirnos, a saber, la que les obligue a que la *guerra*, el mayor obstáculo de lo moral, pues no hace sino retrasarlo, se haga poco a poco más humana, luego menos frecuente, y por último desaparezca como guerra agresiva, para, de este modo, implantar una constitución que, por su índole, sin debilitarse, apoyada en auténticos principios de derecho, pueda progresar con constancia hacia mejor».

64. Recuérdense los pasajes de Hamilton y Kant citados *supra*, en la nota 54 del capítulo XII.

65. Se trata del uso regulado de la fuerza, alternativo a la guerra, del que se ha hablado en el § 16.5. En términos más específicos, sobre la injerencia humanitaria y sobre las condiciones y formas de su legitimidad, véase C. Ramón Chor-

net, *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en Derecho internacional*, Trotta, Madrid, 1995.

66. Un primer intento de reducir los armamentos se remonta al Pacto instituyente de la Sociedad de Naciones, cuyo art. 8 estableció el compromiso de los Estados miembros de limitar sus armamentos a los indispensables para la seguridad nacional así como el de intercambiarse informaciones sobre sus defensas, y confirió al Consejo el poder de formular planes de desarme. En la Convención de Ginebra de 17 de junio de 1925 se proyectó un control sobre el comercio de armas, que no ha entrado en vigor. No menos vagas son las pocas normas sobre armamentos contenidas en la Carta de la ONU: el art. 11, 1 que atribuye a la Asamblea General la facultad de «considerar [...] los principios que rigen el desarme y la regulación de los armamentos» y de «hacer recomendaciones sobre tales principios a los Miembros o al Consejo de Seguridad o a éste y a aquéllos»; el art. 26 que atribuye al Consejo de Seguridad la facultad de someter «a los Miembros de las Naciones Unidas» planes «para el establecimiento de un sistema de regulación de los armamentos»; el art. 47,1 que prevé la constitución (nunca producida) de un Comité de Estado Mayor con la función, entre otras, de coadyuvar con el Consejo en lo relativo «a la regulación de los armamentos y al posible desarme». Falta, en suma, en la Carta cualquier norma que imponga el desarme o establezca serios límites a los armamentos. A instancias de la Conferencia de Desarme, con sede en Ginebra, se han aprobado además numerosos acuerdos de desarme —desde los primeros tratados sobre la prohibición parcial de los experimentos nucleares (1963), sobre la prohibición de colocar armas nucleares en los fondos marinos (1971) y sobre la no proliferación nuclear (1968), a las Convenciones contra las armas bacteriológicas (1972) y contra las armas químicas (1993), hasta el tratado para el completo cese de los experimentos nucleares (1996)— que, por lo demás, no han impedido en lo más mínimo el enorme crecimiento de los armamentos y los gastos militares. Para más amplias referencias, cf. N. Ronzitti, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, [3]2006, pp. 319-348. C. Serfati, «Globalizzazione e militarismo»: *Democrazia e diritto* 4 (2003), 76-89, da cuenta del progresivo aumento de los gastos militares, que han pasado del 2,3-2,4% del PNB mundial en 2000 al 2,4-2,6% en 2002, y también de la expansión del sistema militar-industrial de Estados Unidos a partir de los años noventa. Según el anuario del SIPRI (Instituto de Estocolmo para la Investigación sobre la Paz), de 2005, el gasto militar en el mundo, entre 1996 y 2004, ha aumentado de 772.000 a 975.000 millones de dólares, lo que corresponde a 162 dólares por cada habitante del planeta (Boletín n.º 31, suplemento de *Pace e diritti umani* 2 [2005], 3). Análogo incremento ha registrado el comercio de armamentos: las ventas de las 100 principales industrias productoras de armas crecieron un 17% desde 2002 a 2004 (*ibid*., p. 7). Según los datos referidos en *Lo sviluppo umano. Rapporto 2005*, cit., p. 221, las armas ligeras en circulación, calculadas en 639 millones y producidas en 92 países por 1.249 grandes empresas, matan una media de 500.000 personas al año, una cada minuto, las minas antipersonas matan otras 25.000 personas por año.

67. Recuérdese la alarma del presidente Eisenhower recogida al final de la nota 33 del capítulo XIV.

68. I. Kant, *La paz perpetua*, cit., sec. I, § 3, p. 7. Véase también el pasaje citado en la nota 58.

69. Carta dirigida, el 26 de enero de 1799, por Thomas Jefferson a Elbridge Gerry, uno de los firmantes de la Declaración de Independencia y después miembro de la Convención de Filadelfia de 1787, recogida en Th. Jefferson, *Auto-*

biografía y otros escritos, ed. de A. Koch y W. Peden, trad. de A. Escohotado y M. Sáenz de Heredia, Tecnos, Madrid, 1987, p. 580.

70. W. Wilson, «Discorso al Senato», de 22 de enero de 1971, en *Il pensiero politico nell'età di Wilson*, ed. de O. Barié, Il Mulino, Bologna, 1962, p. 197.

71. «Deberá alcanzarse» declaró Wilson, «una paz sin victoria. Decir esto no es agradable [...] Yo sólo busco hacer frente a la realidad y hacerlo sin ocultar las cosas desagradables. La victoria significaría una paz impuesta al perdedor, la imposición de las condiciones del vencedor al vencido. Sería aceptada con sentido de humillación, bajo una forma de constricción, como un sacrificio intolerable, y dejaría un resentimiento, un amargo recuerdo en el que las condiciones de paz se apoyarían de manera inestable, como sobre arenas movedizas. Solamente una paz entre iguales puede durar: solamente una paz cuyo real principio sea la igualdad y una participación común en el beneficio común [...] La igualdad de las naciones en la que hay que fundar la paz, para que pueda durar debe ser una igualdad de derechos; las garantías intercambiadas no deben ni reconocer ni comportar una diferencia entre naciones grandes y pequeñas, poderosas y débiles. El derecho debe basarse en la fuerza común, no en la fuerza individual de las naciones de cuyo entendimiento dependerá la paz» (*ibid.*, pp. 197-198).

72. *Ibid.*, pp. 199-200.

73. Es el pasaje de Marx citado *supra* en la nota 143 del capítulo XV. Sobre los nexos entre paz y derechos y entre guerra y violaciones de derechos, véase, *supra*, la nota 22 del capítulo XII.

74. Es la pregunta formulada por L. Bonanate, «2001: la politica interna del mondo»: *Teoria politica* XVII/1 (2001), 20-21, a la que responde sosteniendo que ya está desarrollándose un nuevo paradigma de las relaciones internacionales en el que cada vez tiene menos sentido distinguir entre política interna, política exterior y política internacional, tanto que con bastante frecuencia, «ahora, las políticas nacen en el plano internacional, las guerras en el interno». La expresión «política interior del mundo» es usada por Jürgen Habermas: «Con el fin del equilibrio del terror», escribe, «parece que en el plano de la política internacional de la seguridad y de los derechos humanos se haya abierto —no obstante todos los contragolpes— una perspectiva para lo que C. F. von Weizsäcker definió como 'política interior del mundo' [*Weltinnenpolitk*]» (*Die Einbeziehung des Anderen* [1996], trad. it., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 139 [trad. cast. de J. C. Velasco y G. Vilar, *La inclusión del otro*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1999]). La expresión ha sido recogida por J. Habermas, *Die postnationale Konstellation* [1998], trad. it., *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1999, pp. 26 y 90-101 (trad. cast. de P. Fabra Abat, D. Gamper Sachse y L. Pérez Díaz, *La constelación posnacional: ensayos políticos*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2000); Íd., *Der gespaltene Westen* [2004], trad. it., *L'Occidente diviso*, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 130-134 (trad. cast. de J. L. López y López de Lizaga, *El Occidente escindido*, Trotta, Madrid, [2]2009, pp. 132-137). Cf. también, sobre las perspectivas de guerra y terrorismo abiertas por la ausencia de una política global a la altura de los desafíos de la globalización, L. Bonanate, *La politica internazionale tra terrorismo e guerra*, cit., y M. Bovero y E. Vitale (eds.), *Gli squilibri del terrore. Pace, democrazia e diritti alla prova del* XXI *secolo*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2006.

75. L. Bonanate, *op. cit.*, p. 7.

76. D. Zolo, *Globalizzazione...*, cit., p. 12.

77. *Ibid.*, p. 4. Zolo recuerda también otras afortunadas definiciones, sustancialmente similares: la propuesta por Anthony Giddens, según la cual la glo-

balización consiste en la «intensificación de relaciones sociales mundiales que ligan entre sí localidades muy lejanas, haciendo de este modo que los eventos locales resulten modelados por acontecimientos que tienen lugar a millares de kilómetros de distancia y viceversa» (*The Consequences of Modernity* [1990], trad. it., *Le conseguenze della modernità: fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 71 (trad. cast. de A. Lizón Ramón, *Consecuencias de la modernidad*, Alianza, Madrid, 1997); la de Ian Clark, según la cual el término «designa cambios relativos tanto a la intensidad» de las relaciones internacionales y a los consecuentes procesos de «integración, interdependencia, multilateralismo, apertura e interpenetración funcional» como a su «dimensión espacial», es decir, «a la difusión geográfica de las tendencias antes indicadas» y a sus efectos de «compresión espacial, universalización y homogeneidad» (*Globalization and Fragmentation: International Relations in the Twentieth Century* [1997], trad. it., *Globalizzazione e frammentazione: le relazioni internazionali nel XX secolo*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 10); en fin, la de Luciano Gallino, que entiende por 'globalización' el hecho de que «en los últimos decenios del siglo XX el espacio del mercado parece haber alcanzado los confines demográficos y territoriales del mundo», de modo que «cada actor económico, sea colectivo o individual —es decir, empresa o trabajador— está en competición con cualquier otro actor que ofrezca en el mercado-mundo una mercancía o una fuerza de trabajo del mismo tipo (*Globalizzazione e disuguaglianze*, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 23-24). La literatura sobre la globalización es inabarcable. Sobre la globalización en general pueden señalarse, además de los ensayos ya citados, I. Wallerstein, *The Modern World-System* [1974-1989], trad. it., *Il sistema mondiale dell'economia moderna*, 3 vols., Il Mulino, Bologna, 1986-1995; Íd., *The Essential Wallerstein* [2000], trad. it., *Alla scoperta del sistema mondo*, Manifestolibri, Roma, 2003; P. Ingrao y R. Rossanda (eds.), *Appuntamenti di fine di secolo*, con trabajos de M. Revelli, I. D. Mortellaro y K. S. Karol, Manifestolibri, Roma, 1995; U. Beck, *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung* [1997], trad. cast. de B. Moreno y M. R. Borrás, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998; Z. Baumann, *Globalization. The Human Consequences* [1998], trad. cast., *La globalización: consecuencias humanas*, FCE, México, 1999; S. Sassen, *Globalization and Its Discontents. Essays on the New Mobility of People and Money* [1998], trad. it., *Globalizzati e scontenti. Il destino delle minoranze nel nuovo ordine mondiale*, Il Saggiatore, Milano, 2002; M. Hardt y A. Negri, *Empire* [2000], trad. cast. de A. N. Bixio, *Imperio*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2002; D. Held y A. G. McGrew, *The Great Globalization Debate: An Introduction* [2000], trad. it., *Globalismo e antiglobalismo*, Il Mulino, Bologna, 2001; S. Mezzadra y A. Petrillo, *I confini della globalizzazione. Lavoro, culture, cittadinanza*, Manifestolibri, Roma, 2000; G. Cavallari (ed.), *Comunità, individuo e globalizzazione. Idee politiche e mutamenti dello Stato contemporaneo*, Carocci, Roma, 2001; D. D'Andrea y E. Puccini (eds.), *Filosofie della globalizzazione*, Ets, Pisa, 2001; N. Hertz, *The Silent Takeover. Global Capitalism and the Death of Democracy*, trad. it., *La conquista silenziosa. Perché le multinazionali minacciano la democrazia*, Carocci, Roma, 2001; J. de Lucas, *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Icaria, Barcelona, 2003; M. Revelli, «La globalizzazione. Definizioni e conseguenze»: *Teoria politica* 3 (2002), 45-62; M. Bovero, «Sette globalizzazioni»: *ibid.*, 63-71; G. Coturri, «Che mondo è quello della globalizzazione?»: *Democrazia e diritto* 4 (2003), 28-62; F. Chesnais, «Dodici tesi sulla mondializzazione del capitale»: *ibid.*, 63-75; C. Serfati, «Globalizzazione e militarismo»: *ibid.*, 76-89. Sobre las

diversas formas y procesos de integración —jurídico y político, económico, cultural y de las comunicaciones— en los que se ha desarrollado la globalización, véanse los trabajos citados en las notas que siguen.

78. Como ha hecho ver Ferrarese, a falta de instituciones a la altura de las nuevas relaciones internacionales, el derecho de la globalización va modelándose progresivamente según las formas privadas del contrato y no de las públicas, generales y abstractas, de la ley (M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società trasnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000). Sobre la deriva privatista del derecho internacional, cf. también: Y. Dezalay, *I mercanti del diritto. Le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale*, Giuffrè, Milano, 1997; F. Galgano, *Lex mercatoria* [1976], Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 229-245; Íd., «Il riflesso giuridico della globalizzazione», en *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, Esi, Napoli, 2003, I, pp. 791-796; N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998; G. Alpa, *Trattato di diritto civile. I. Storia, fonti, interpretazione*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 463-492; J. de Maillard, *Il mercato fa la sua legge. Criminalità e globalizzazione*, Feltrinelli, Milano, 2002; P. P. Portinaro, «Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?», en P. Costa y D. Zolo (eds.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 387-405; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, cit.; Íd., *Lo spazio giuridico globale*, cit.; Íd., *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006; D. Zolo, *Globalizzazione...*, cit., pp. 88-112.

Más en general, sobre el derecho en la era de la globalización, cf. U. Allegretti, «Globalizzazione e sovranità nazionale»: *Democrazia e diritto* 3-4 (1995), 47 ss.; Íd., «Costituzione e diritti cosmopolitici», en G. Gozzi (ed.), *Democrazia, diritti, costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 129-197; Íd., *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Città Aperta, Troina, 2002; I. D. Mortellaro, «Le istituzioni della mondializzazione», apéndice a P. Ingrao y R. Rossanda (eds.), *Appuntamenti...*, cit., pp. 225-263; S. Rodotà, «Diritto, diritti, globalizzazione»: *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* 4 (2000), 765-777; J. E. Faria, *O dereito na Economia Globalizada* (1999), trad. cast. de C. Lema Añón, *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001; M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002; Íd., *Diritto sconfinato*, Laterza, Roma-Bari, 2006. Sobre los procesos de integración política cf. D. Archibugi, R. Falk, D. Held y M. Kaldor, *Cosmopolis. È possibile una democrazia sovranazionale?*, Manifestolibri, Roma, 1993; D. Held, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitans Governance* [1995], trad. cast. de S. Mazzuca, *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1997; R. Falk, *On Human Governance. Toward a New Global Politics* [1995], trad. it., *Per un governo umano. Verso una nuova politica globale. Rapporto sui modelli di ordine mondiale*, Asterios, Trieste, 1999; D. Archibugi, D. Held y M. Köler (eds.), *Re-imagining Political Community. Studies in Cosmopolitan Democracy*, Polity, Oxford, 1998; G. Bronzini, *I diritti del popolo mondo*, cit.; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005; M. R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

79. J. E. Stiglitz, *In un mondo imperfetto. Mercato e democrazia nell'era della globalizzazione*, Donzelli, Roma, 2001, p. 5. «Precisamente en el momento en que la necesidad de instituciones internacionales es más fuerte que nunca», prosigue Stiglitz, «la confianza en las que existen, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, no ha sido nunca tan baja. Hay una gran di-

vergencia entre las demandas dirigidas a nuestras instituciones internacionales y las respuestas de las que éstas son capaces». Sobre los procesos de globalización de la economía cf. también I. Wallerstein, *The Capitalist World-Economy. Essays*, Cambridge UP, Cambridge, 1979; P. Hirst y G. Thompson, *Globalization in Question* [1996], trad. it., *La globalizzazione della economia*, Editori Riuniti, Roma, 1997; G. Lafay, *Comprendre la mondialisation* [1996], trad. it., *Capire la mondializzazione*, Il Mulino, Bologna, 1998; W. Andreff, *Les multinationales globales* [1996], trad. it., *Le multinazionali globali*, Asterios, Trieste, 2000; S. Strange, *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy* [1996], trad. it., *Chi governa l'economia mondiale? Crisi dello Stato e dispersione del potere*, Il Mulino, Bologna, 1998; A. Graziani y A. M. Nassisi (eds.), *L'Economia mondiale in trasformazione*, Manifestolibri, Roma, 1998; L. Gallino, *Globalizzazione e disuguaglianze*, cit.; W. K. Tabb, *The Amoral Elephant* [2001], trad. it., *L'elefante amorale. La lotta per la giustizia sociale nell'era della globalizzazione*, Baldini e Castoldi, Milano, 2002; D. Martínez y M. L. Vega Ruiz, *La globalización gobernada. Estado, sociedad y mercado en el siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2001; J. E. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, cit.; G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, Adelphi, Milano, 2003.

80. Cf., por ejemplo, S. Cassese, *La crisi dello Stato*, cit., cap. III, pp. 36-38, titulado «Dalla sovranità statale sull'economia alla sovranità dell'economia sullo stato»; *ibid.*, cap. I, p. 15, titulado «'Sovrani' della globalizzazione sono le grandi imprese multinazionali»; N. Hertz, *La conquista silenziosa...*, cit. Como advertía Karl Polanyi hace más de sesenta años a propósito del hundimiento de la civilización decimonónica consecuencia de la crisis de sus presupuestos, «la idea de un mercado autorregulado», no gobernado por la política y no disciplinado por el derecho, «era una idea puramente utópica. Una institución como ésta no podía existir de forma duradera sin aniquilar la sustancia humana y la naturaleza de la sociedad, sin destruir al hombre y sin transformar su ecosistema en un desierto. Inevitablemente la sociedad adoptó medidas para protegerse» (trad. cast. de J. Varela y F. Álvarez-Uría, *La gran transformación*, Endymión-La Piqueta, Madrid, 1989, p. 26).

81. Sobre las grandes concentraciones oligopolísticas de los medios de comunicación, en particular televisivos, y sus efectos de homologación cultural, aculturazión y desinformación, cf. S. Latouche, *L'occidentalisation du monde. Essai sur la signification, la portée et les limites de l'uniformisation planétaire* [2005], trad. it., *L'occidentalizzazione del mondo. Saggio sul significato, la portata e i limiti dell'uniformazione planetaria*, Bollati-Boringhieri, Torino, 1992; R. Robertson, *Globalization: Social Theory and Global Culture* [1992], trad. it., *Globalizzazione: teoria sociale e cultura globale*, Asterios, Trieste, 1999; D. Zolo, *Globalizzazione...*, cit., pp. 50-67; G. Aresta, «Italia e USA: assalto all'informazione»: *La rivista del Manifesto* 41 (2003), 9-12.

82. Sobre la creciente expansión del fenómeno del *lobbying* —cuyos profesionales regulares a sueldo han aumentado, solamente en Washington, de 17.000 en los años sesenta a más de 67.000 en 1997 (125 por cada parlamentario), mientras que en Bruselas, ante los organismos de la Unión Europea, son ya más de 15.000— cf. L. Gallino, *L'impresa irresponsabile*, Einaudi, Torino, 2005, pp. XVI ss. El fenómeno, unido al intercambio cada vez más frecuente entre el personal de gestión de las grandes empresas y el personal político y administrativo de la esfera pública y a los enormes sueldos reservados a ambos, se resuelve en un sistema de latentes y crecientes conflictos de intereses. Es algo sustancialmente ignorado por la información, como sucede, por lo demás, con todo lo relativo a la gestión de las grandes empresas: «Los medios de comunicación

informan cada día al público, justamente, acerca de la actividad y la composición del gobierno del país. De cómo son realmente gobernadas las empresas, y de los actos que se ejecutan al respecto, no tratan casi nunca» (L. Gallino, *L'impresa irresponsabile*, cit., p. XIV).

83. Sobre las privatizaciones, de las que ya he hablado en el § 14.20, sus costes sociales, la corrupción y los conflictos de intereses que inducen, cf. las consideraciones de J. E. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, cit., pp. 54-58. Cf. también J. Ziegler, *Les nouveaux maîtres du monde et ceux qui leur résistent* [2002], trad. it., *La privatizzazione del mondo. Padroni, predatori e mercenari del mercato globale*, Il Saggiatore, Milano, 2003 (trad. cast. de E. González Navarro, *Los nuevos amos del mundo y aquellos que se les resisten*, Destino, Barcelona, 2003).

84. «En la actualidad, son sobre todo los Estados los que están insertos en los mercados, mucho más que las economías nacionales en las fronteras estatales» (J. Habermas, *La costellazione postnazionale*, cit., p. 106). Sobre la llamada «competencia entre ordenamientos» cf. los trabajos recogidos por A. Zoppini (ed.), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, Roma-Bari, 2004, en relación, sobre todo, con la competición entre ordenamientos dentro de la Unión Europea, y, en particular, los ensayos críticos de G. Alpa, «La competizione tra ordinamenti: un approcio realistico» (pp. 43-57), que ilustra sobre las innumerables «ficciones» que oculta la fórmula «competencia entre ordenamientos», y N. Lipari, «'Concorrenza' tra ordinamenti e sistemi delle fonti» (pp. 81-97), que subraya a su vez su interna contradictoriedad.

85. P. Ingrao y R. Rossanda (eds.), *Appuntamenti...*, cit., pp. 14-38; L. Gallino, *L'impresa irresponsabile*, cit., parte II, titulada «El retorno al gobierno de los propietarios»; A. Casiccia, *Il trionfo dell'élite manageriale. Oligarchia e democrazia nelle imprese*, Bollati Boringhieri, Torino, 2004; Íd., *Democrazia e vertigine finanziaria. Le avventure del cittadino in una società proprietaria*, Bollati Boringhieri, Torino, 2006.

86. J. E. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, cit., pp. 6-7, 174-181.

87. *Lo sviluppo umano. Rapporto 2005*, cit., p. 171. Pero véase también el capítulo IV en su totalidad. Las subvenciones agrícolas de los países ricos, predominantemente en beneficio de las grandes empresas agroalimentarias y de los terratenientes, corresponden al 33%, 18% y 49% del valor de la producción agrícola de la Unión Europea, Estados Unidos y Japón, respectivamente (*ibid.*, p. 171, gráfico 4.11). A su vez, los aranceles que los países ricos imponen a los productos de los países pobres son 3 o 4 veces superiores a los vigentes entre ellos mismos (*ibid.*, p. 168). La política comercial y financiera global dictada por los países ricos parece así informada por un principio de progresividad invertida: máximo liberismo a favor de las propias exportaciones a los países pobres; máximo proteccionismo de las propias empresas, con cargo a las importaciones de los países pobres. A causa de los miles de millones de dólares con que los países ricos subvencionan su agricultura —mil millones de dólares al día, frente a mil millones de dólares al año de ayudas a la agricultura de los países en vías de desarrollo (*ibid.*, p. 172)—, de las altas barreras proteccionistas y las crecientes bajadas de precios impuestas a las materias primas y a los productos alimentarios de los países pobres, éstos se encuentran de hecho excluidos del comercio internacional. Se ha calculado que los costes de las subvenciones agrícolas de los países ricos pesan sobre los países en vías de desarrollo por un importe de 72.000 millones de dólares al año, equivalente al total de las ayudas dispensadas a los mismos en 2003 (*ibid.*, p. 173); que entre 1997 y 2001 los precios de las materias primas y de los productos primarios como el algodón, el azúcar, el café, las

patatas, el maíz y los plátanos han caído, a veces en una medida superior al 50% (*ibid*., pp. 157, 173 y 184); que a causa de esta liberalización en sentido único de los mercados, por ejemplo, por cada dólar de café vendido en un bar de Estados Unidos el cultivador recibe menos de un céntimo (*ibid*., p. 184).

88. P. Basso y F. Perocco (eds.), *Gli immigrati in Europa. Diseguaglianze, razzismo, lotte*, Angeli, Milano, 2003, pp. 9 y 23.

89. L. Gallino, *Globalizzazione e disuguaglianze*, cit., p. 26; D. Zolo, *Globalizzazione...*, cit., p. 43.

90. Sobre los daños ocasionados en el ambiente por el desarrollo industrial y tecnológico insostenible —el efecto invernadero del aumento de la temperatura provocado por el crecimiento de las emisiones de anhídrido carbónico, la disolución de los glaciares y la elevación del nivel de los mares, la producción de residuos peligrosos, el despilfarro de los recursos del planeta— cf. J. Laggett (ed.), *Global Warming* [1990], trad. it., *Clima. I rapporto Greenpeace sul riscaldamento della terra*, Editori del Grifo, Montepulciano, 1992; Íd., «Effectto serra: la natura del pericolo», *ibid*., pp. 45-100; M. Kelly, «Fermare il riscaldamento del pianeta», *ibid*., pp. 163 ss.; D. H. Meadows, D. L. Meadows y J. Randers, *Beyond the Limits* [1992], trad. it., *Oltre i limiti dello sviluppo*, Il Saggiatore, Milano, 1993; M. Revelli, «Economia e modello sociale nel passaggio tra fordismo e toyotismo», apéndice a P. Ingrao y R. Rossanda (eds.), *Appuntamenti...*, cit., pp. 161-224; G. Michael (ed.), *Privatizing Nature. Political Struggles for the Global Commons*, Pluto, London, 1998; S. Nespor y A. L. De Cesaris, *Le lungue estati calde. Il cambiamento climatico e il protocollo di Kyoto*, Gedit, Bologna, 2003; P. Bevilacqua, *La terra è finita. Breve storia dell'ambiente*, Laterza, Roma-Bari, 2006. Sobre los riesgos de catástrofes, provocadas por errores tecnológicos, para el futuro del planeta, cf. M. Rees, *Our Final Hour. A Scientist's Warning: How Terror, Error and Environmental Disaster Threaten Humankind's Future in this Century, On Earth and Beyond*, Basic Books, New York, 2003, y las observaciones de F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, [3]2003, pp. 4-13 y *passim*. Sobre los desastres ambientales provocados por la industria química y nuclear —de Seveso a Bophal, de Three Mile Island a Chernobyl— es instructiva la lectura de L. Mara, M. Palangi y G. Tognoni (eds.), *Da Bophal alla Farmaplant. Crimini e chimica di morte*, L'Ecoapuano, Carrara, 1995, sobre las culpas gravísimas, en particular, de los responsables de la fuga de gas tóxico, el 3 de diciembre de 1984, del depósito de la fábrica estadounidense Unione Carbide, que provocó 3.589 muertos computados oficialmente en Bophal, India, medio millón de personas afectadas por lesiones y un crecimiento enorme de la mortalidad anual por tumores y otras enfermedades; de S. Pochettino, *Chernobyl. Una storia nascosta*, Nuova Iniziativa Editoriale, Roma, 2006, sobre las mentiras con que se ocultaron las responsabilidades y las decenas de millares de muertos provocados, el 26 de abril de 1986, por el accidente de la central de Chernobyl; de G. Bettin y M. Dianese, *Petrolkiller. In appendice: i documenti segreti delle aziende chimiche*, Feltrinelli, Milano, 2002, sobre los centenares de muertos entre los trabajadores expuestos al cloruro de vinilo en el Petrochimico de Marghera, cuya toxicidad se había mantenido durante mucho tiempo en secreto. Estos estragos sin castigo son uno de los ejemplos más dramáticos de la impunidad estructural de los delitos de «cuello blanco» ilustrada en el ya citado ensayo de A. Cottino, *'Disonesto ma non criminale'. La giustizia e i privilegi dei potenti*, Carocci, Roma, 2005.

91. H. Arendt, *The Human Condition* [1958], trad. it., *Vita activa. La condizione umana*, Bompiani, Milano, 1991, pp. 95 y 186-187 (trad. cast. de R. Gil Novales, *La condición humana*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1993). Sobre el nexo

entre esta economía del despilfarro y el individualismo posesivo del *homo emptor*, versión actual del «idiota» de los griegos que, al contrario del *homo civicus*, «vive encerrado en su mundo privado» y «no conoce la pasión por el interés general», léanse las bellas páginas de F. Cassano, *Homo civicus*, Dedalo, Bari, 2004.

92. Sobre las dimensiones actuales de la gran criminalidad, cf., V. Ruggiero, *Delitti dei deboli e dei potenti. Esercizi di anticriminologia*, Bollati-Boringhieri, Torino, 1999; Íd., «Transnational Crime: Official and Alternative Fears»: *International Journal of the Sociology of Law* 28 (2000), 187-199; M. Findlay, *The Globalisation of Crime. Understanding Transitional Relationships in Context*, Cambrige UP, Cambridge, 1999; K. Bales, *I nuovi schiavi. La merce umana nell'economia globale*, Feltrinelli, Milano, 2000; J. de Maillard, *Il mercato fa la sua legge*..., cit.; S. Becucci y M. Massari, *Globalizzazione e criminalità*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

93. Sobre la cuestión penal en la era de la globalización, me limito a señalar D. Nelken, «Globalizzazione del crimine e giustizia penale: ambiti e problemi»: *Dei delitti e delle pene* 2 (1998), 75-102; O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch* [1999], trad. it., *Globalizzazione e diritto penale*, Edizioni di Comunità, Milano, 2001. Para un análisis comparado —acerca del grado de eficiencia y a la vez de garantismo— de los diversos modelos de justicia penal, véase la utilísima investigación de S. González R., E. Mendieta, J. E. Buscaglia y M. Moreno H., *El sistema de justicia penal y su reforma. Teoría y práctica*, Fontamara, México, 2005.

94. *Amnesty International, Rapporto annuale 2005*, Ega, Torino, 2005, pp. 15-16 y 141-148.

95. *Ibid*., pp. 35-171. Véase, *supra*, la nota 60. Amnistía Internacional recuerda también las violaciones de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados, en los que el ejército israelí mató a más de 700 personas, entre ellas 150 niños, mediante disparos, incursiones aéreas y ejecuciones extrajudiciales, destruyendo además infraestructuras y centenares de viviendas, y grupos armados palestinos mataron a 109 israelíes, entre ellos 67 civiles, de ellos 8 niños, mediante disparos y actos de terrorismo suicida con bombas (*Rapporto annuale 2005*, cit., pp. 585 ss.).

96. *Rapporto annuale 2005*, cit., pp. 286-297 y 368-371. China es con mucho el país en el que son más numerosas las condenas a muerte, infligidas también por delitos no violentos, como el fraude fiscal y la apropiación indebida. Según Amnistía Internacional, *Rapporto annuale 2005*, cit., p. 299, las ejecuciones capitales en China en 2004 fueron cuando menos 3.400 y 6.000 las condenas de esa índole pronunciadas. Pero un alto exponente del Congreso Nacional del Pueblo ha valorado en cerca de 10.000 cada año las condenas a muerte en este país. Sobre la pena de muerte en el mundo, recuérdense los datos recogidos en la nota 47 del capítulo XV.

97. *Rapporto annuale 2005*, cit., p. 10.

98. Bajo este aspecto son ciertamente fundadas las críticas de Zolo al Tribunal de La Haya sobre la ex Yugoslavia (que ha reproducido medio siglo después el modelo de los procesos de Núremberg y Tokio de 1945 y 1946), *Chi dice umanità*..., cit., cap. IV, e Íd., *La justicia de los vencedores*, cit., pp. 52 ss. Sobre tribunales *ad hoc* cf. E. Fronza y S. Manacorda (eds.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux* ad hoc. *Etudes des Law Clinics en droit pénal international*, Giuffrè, Milano, 2003.

99. Sobre las competencias de los jueces nacionales en materia de crímenes internacionales, cf. T. Treves, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Cedam, Padova, 1973; A. Cassese y M. Delmas-Marty, *Jurisdictions nationales*

et crimes internationaux, PUF, Paris, 2002; S. Zappalà, *La giustizia penale internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2005, cap. IV. Los principios que han permitido esta expansión de las jurisdicciones nacionales más allá de las tradicionales competencias territoriales han sido el de su competencia universal en relación con los crímenes contra la humanidad, como la tortura y el genocidio, y/o el de su competencia para conocer de los crímenes cometidos o sufridos por los ciudadanos del Estado que procede. Sobre las múltiples vías de la justicia internacional, cf. también S. Senese, «Memoria e giustizia...», cit.; A. Perduca, «Giustizia penale e diritto umanitario. Appunti su qualche esperienza di questi tempi»: *Questione giustizia* 5 (2003), 1017-1030.

100. El Tribunal Permanente de los Pueblos nació el 29 de junio de 1979 para llamar la atención de la opinión pública internacional sobre la intolerable impunidad de los crímenes contra la humanidad y sobre la necesidad de instituir una jurisdicción internacional. Es heredero del primer Tribunal Russell, que en 1966 y en 1967 tuvo dos sesiones, en Estocolmo y Dedijer, sobre los crímenes de guerra americanos en Vietnam; y del segundo Tribunal Russell sobre América Latina, con tres sesiones (dos en Roma, en 1974 y 1976, y una en Bruselas, en 1975) dedicadas a los crímenes contra la humanidad cometidos por las dictaduras militares en Brasil, Chile, Bolivia y Uruguay. De las 32 sesiones del Tribunal Permanente de los Pueblos, algunas —como las relativas al Sahara Occidental (Bruselas, 10-11 de noviembre de 1979), Eritrea (Milán, 24-26 de mayo de 1980), Timor Oriental (Lisboa, 19-21 de junio de 1981) y Puerto Rico (Barcelona, 27-29 de enero de 1999)— versaron sobre cuestiones de autodeterminación externa frente a Estados limítrofes; otras sobre crímenes contra la humanidad en violación de derechos humanos y de la autodeterminación interna, como las relativas a Argentina (Ginebra, 3-4 de mayo de 1980), Filipinas y el pueblo Bangsa-Moro (Amberes, 30-31 de noviembre de 1980), El Salvador (Ciudad de México, 9-12 de febrero de 1981), Zaire (Rótterdam, 18-20 de septiembre de 1982), Guatemala (Madrid, 27-31 de enero de 1983), Tíbet (Estrasburgo, 16-20 de noviembre de 1992), al genocidio de Armenia (París, 13-16 de abril de 1984) y a la violación de los derechos de las minorías indígenas en la Amazonía brasileña (París, 12-16 de octubre de 1990). Otras se han referido a agresiones externas, como las dos sesiones sobre la agresión soviética a Afganistán (Estocolmo, 1-3 de mayo de 1981 y París, 16-20 de diciembre de 1982) y sobre la estadounidense a Nicaragua (Bruselas, 5-8 de octubre de 1984). Otras dos fueron dedicadas a los crímenes cometidos en la guerra civil generada por la disolución de la ex Yugoslavia (Berna, 17-20 de febrero de 1995; Barcelona, 7-11 de diciembre de 1995). Otras a las responsabilidades por los desastres medioambientales de Bophal y Chernobyl y los riesgos para el medio ambiente y para los derechos humanos provocados por las actividades industriales (Viena, 12-15 de abril de 1996; Bophal, 19-23 de octubre de 1992; Londres, 28 de noviembre-2 de diciembre de 1994; Bruselas, 30 de abril-5 de mayo de 1998). Una larga sesión, preparada durante tres años con numerosos procedimientos de instrucción en los distintos países latinoamericanos, tuvo por objeto la impunidad de los crímenes contra la humanidad en América Latina en los años de las dictaduras militares (Bogotá, 22-25 de abril de 1991). Hay un último grupo de sentencias relativas no a crímenes específicos y singulares, sino a las responsabilidades globales de las instituciones financieras y de la comunidad internacional, como las dos sentencias sobre el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial (Berlín Oeste, 26-29 de septiembre de 1988; Madrid, 1-3 de octubre de 1994), la sentencia sobre la conquista de América y el nacimiento del derecho internacional (Venecia, 5-8 de octubre de 1992), la relativa al derecho

de asilo en Europa (Berlín, 8-12 de diciembre de 1994) y a la violación de los derechos de los niños (Nápoles, 27 de marzo-4 de abril de 1995). En fin, las dos últimas importantes sentencias se refieren, una a la guerra estadounidense contra Afganistán y contra Irak, tras los atentados del 11 de septiembre (Roma, 14-16 de diciembre de 2002); la otra a los terribles crímenes contra la humanidad cometidos por las bandas islamistas y sobre todo por las militares y paramilitares en Argelia después de 1991 (París, 5-8 de noviembre de 2004). Las primeras 26 sentencias están recogidas en el volumen G. Tognoni (ed.), *Tribunale Permanente dei Popoli. Le sentenze: 1979-1998*, Stefanoni, Lecco, 1998. Sobre la actividad de este tribunal de opinión cf. F. Rigaux, «L'autodeterminazione nelle sentenze del Tribunale Permanente dei Popoli», *ibid*., pp. 747-761; Íd., «Lelio Basso e i tribunali d'opinione», en AA. VV., *Lelio Basso e le culture dei diritti*, Carocci, Roma, 2000; L. Ferrajoli, «Tribunal Penal Internacional y constitucionalismo global», en Íd., *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., pp. 115-124.

101. De la amplia literatura sobre el Tribunal Penal Internacional, pueden verse, O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Article by Article*, Nomos, Baden Baden, 1999; R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: the Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results*, Kluwer, Den Haag, 1999; F. Lattanzi y W. Schabas (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol I, Il Sirente, Teramo, 1999; G. Illuminati, L. Stortoni y M. Vergilio, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Giappichelli, Torino, 2000; W. Schabas, *Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge UP, Cambridge, 2001; A. Cassese, P. Gaeta y J. R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3 vols., Oxford UP, Oxford, 2002; G. Carlizzi, G. Della Morte, S. Laurenti y A. Marchesi (eds.), *La Corte penale internazionale*, Vivarium, Napoli, 2003, que contiene una amplia «Bibliografía esencial» elaborada por G. Della Morte (*ibid*., pp. 465-474); P. D. Eiroa, *La Corte Penal Internacional. Fundamentos y jurisdicción*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004; A. Cassese, M. Chiavario y G. De Francesco, *Problemi giuridici attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2005; S. Zappalà, *La giustizia penale internazionale*, cit., cap. V; A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale*. I. *Diritto sostanziale*, Il Mulino, Bologna, 2005; Íd., *Lineamenti di diritto internazionale penale*. II. *Diritto processuale*, Il Mulino, Bologna, 2006; E. Amati, V. Caccamo, M. Costi, E. Fronza y A. Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2006; D. R. Pastor, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona, 2006.

102. El sabotaje estadounidense al Tribunal Penal Internacional se ha desarrollado en dos direcciones. Se ha recurrido, sobre todo, al art. 16 de su Estatuto, que prevé la suspensión, a instancia del Consejo de Seguridad, de determinados procedimientos ante el Tribunal por un año, renovable en los años sucesivos; sobre esta base Estados Unidos obtuvo la resolución n.º 1422 de 2002, renovada por la resolución n.º 1487 de 2003 y dirigida a impedir la implicación de soldados estadounidenses en los procesos. En segundo lugar Estados Unidos, con apoyo en el art. 98 del Estatuto, que excluye que la Corte pueda pedir a un Estado que actúe «de modo incompatible con las obligaciones que le incumben en virtud de acuerdos internacionales», ha suscrito numerosos acuerdos de no extradición con los Estados Parte para obligarlos a no entregar al Tribunal ciudadanos estadounidenses.

103. El art. 5.2 del Estatuto, introducido bajo la presión de Estados Unidos durante la elaboración del Tratado de Roma (que después no ratificó) establece:

«El Tribunal será competente para conocer del crimen de agresión una vez que, de conformidad con los arts. 121 y 123, se apruebe la disposición en que se le defina y se establezcan las condiciones en que aquél ejercerá su jurisdicción en la materia. Esta disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas»: no antes, pues, del 1 de julio de 2009, cuando, siete años después de su entrada en vigor, podrán formularse enmiendas, según el art. 121 del Estatuto.

104. Con el título *Manual de la tortura*, se ha publicado el documento de la CIA que imparte directivas sobre tratamientos —verdaderas torturas— a los que someter a los detenidos sospechosos de actividades contrarias a la «seguridad» de Estados Unidos (*Manuale della tortura. Il testo finora top-secret uscito dagli archivi Usa [1963-1997]*, Datanews, Roma, 1999). Los mismos comandos del ejército estadounidense han reconocido la muerte de cerca de 30 personas arrestadas en Afganistán y en Irak. Como han declarado algunos ex oficiales de la CIA, entre ellos un funcionario de alto nivel en una entrevista radiofónica en la BBC el 8 de febrero de 2005, después del 11 de septiembre de 2001, se desarrolló una actividad sistemática de secuestros ilegales de sospechosos de terrorismo, transferidos (y a veces desaparecidos) a países del Magreb y de Oriente Medio, donde fueron sometidos a torturas en centros de detención bajo su control (S. Gray, «Decentramento della tortura»: *Le Monde Diplomatique* 5 [abril de 2005], 1 y 8-9). Sobre la práctica estadounidense de la tortura en el universo carcelario oculto edificado por la CIA y el Pentágono en diversos países, cf., además de C. Bonini, *Guantánamo. Usa, viaggio nella prigione del terrore*, Einaudi, Torino, 2004, G. Chiesa, *La guerra infinta*, cit., pp. 102-106.

105. Sobre tal modelo véase S. Senese, «La trasformazione delle strutture giuridiche in America Latina»: *Il Mulino* 245 (julio-agosto de 1976), 529-553.

106. Como se ha recordado en la nota 135 del capítulo XIII, gran parte de estas prácticas han sido declaradas ilegítimas por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, sin que ello haya supuesto todavía la cesación efectiva de las mismas.

107. La tesis de una diferenciación del derecho penal a través de la institución de un «derecho penal del enemigo», junto al «derecho penal del ciudadano», se debe a Günter Jakobs, «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», en G. Jakobs y M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 19-56; G. Jakobs, «Terroristen als Personen in Recht?»: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4 (2005), 117-134; Íd., «Diritto penale del nemico? Un analisi sulle condizioni della giuridicità», ponencia presentada en el congreso celebrado en Trento los días 10-13 de marzo de 2006, sobre «Delitto politico e diritto penale del nemico». Como justamente señala M. Cancio Meliá, «Derecho penal del enemigo», en G. Jakobs y M. Cancio Meliá, *op. cit.*, pp. 59-102, la expresión «derecho penal del enemigo» es una contradicción en los términos, en la que se hace reconocible una variación actualizada de las doctrinas penales del «tipo de autor» y del «enemigo del pueblo». Sobre «derecho penal del enemigo» existe ya una abundante literatura crítica: cf. M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 53-59; Íd., «Il diritto penale di fronte al nemico»: *Cassazione penale* 2 (2006), 735-777; A. Aponte Cardona, *Derecho penal del enemigo o derecho penal del ciudadano. Günter Jakobs y las tensiones de un derecho penal de la enemistad*, Temis, Bogotá, 2005; R. Zaffaroni, «Buscando al enemigo: de Satán al derecho penal cool», trad. it., «Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool», en E. Dolcini y C. E. Paliero (eds.), *Studi in onore di Giogio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, I, pp. 757-780; F. Resta, «Nemici e criminali. Le logiche del controllo»: *L'Indice penale* I (2006), 181-227; M. Can-

cio Meliá y A. Gómez-Jara (eds.), *Derecho penal del enemigo*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2006; R. Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006; F. Viganò, «Terrorismo, guerra e diritto penale»: *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2 (2006), 648-703; A. Aponte Cardona, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Ibáñez, Bogotá, 2006; F. Palazzo, «Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali»: *Questione giustizia* 4 (2006), 666-686; P. Morosini, «Continuità e novità della giurisprudenza in tema di terrorismo»: *ibid*., pp. 687-698; L. Pepino, «La giustizia, i giudici e il 'paradigma del nemico'»: *ibid*., pp. 844-871; A. Gamberini y R. Orlandi (eds.), *Diritto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, Bologna, 2007. Sobre las perversiones de esta justicia «del enemigo», me limito a recordar, L. Vierucci, «Prisioners of War or Protected Persons qua Unlawful Combatants? The Judicial Safeguards to which Guantanamo Bai Detainees are Entitled»: *Journal of International Criminal Justice* I/2 (2003), 284-314; M. Bouchard, «Morte del processo e inizio dell'apocalisse»: *Questione giustizia* 5 (2003), 1005-1016; G. Buonomo, «L'ordinamento giuridico internazionale dopo Guantanamo»: *ibid*. 2 (2005), 311-348.

108. R. Zaffaroni, *El derecho penal liberal y sus enemigos*, *lectio*, pronunciada por el autor en su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, 2004).

109. Recuérdense los pasajes de Hobbes citados *supra*, en la nota 41.

110. *De los delitos y de las penas*, cit., § XVII, pp. 177 y 175. Es lo que sucede, escribe Beccaria, en el que —por oposición al «proceso *informativo*», consistente en «la investigación indiferente del hecho»— él llama «proceso *ofensivo*» donde «el juez se convierte en enemigo del reo, de un hombre encadenado [... y] no indaga la verdad del hecho, sino que busca el delito en el preso, insidiándolo, y cree perder si no lo encuentra, y frustrada la infalibilidad que el hombre se arroga en todas las cosas».

111. B. R. Barber, *L'impero della paura*..., cit.

112. El art. 6 de este Pacto afirma que los Estados partes «reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho». Los arts. 7-8 afirman los tradicionales derechos de los trabajadores a un «salario equitativo» y a unas «condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias», a la «seguridad y la higiene en el trabajo», a las limitaciones de horario, a vacaciones, al descanso semanal, así como a las libertades sindicales y al derecho de huelga. El art. 11 establece «el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia». En fin, los arts. 12-15 reconocen los derechos a la salud y a la educación: en particular, el art. 13.2 establece que «la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente», y el art. 14 añade que «todo Estado parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir, en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción, la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción» apto para garantizarlas.

113. N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

114. Cf. el cuadro sinóptico sobre el «balance del desarrollo humano» que compara los dos procesos, en *Human Development Report 1999*, trad. it., *Rapporto 1999 sullo sviluppo umano. 10. La globalizzazione*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1999, p. 38 (trad. cast., *Informe sobre el desarrollo humano 1999*, pu-

blicado para el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Mundi-Prensa, Madrid, 1999). Ciertamente, como documenta el último *Human Development Report 2005*, trad. it., *Lo sviluppo umano. Rapporto 2005*, cit., en estos últimos años se han producido también progresos indudables: en los países en vías de desarrollo la pobreza extrema (de quien vive con menos de 1 dólar al día) ha descendido, de 1999 a hoy, del 29% al 21% de la población mundial (*ibid.*, p. 42); en el último decenio, la tasa de alfabetización ha pasado del 70 al 76% (*ibid.*, pp. 41-42); ha crecido el índice de democracia política medido por la existencia de sistemas electorales multipartíticos (*ibid.*, p. 43); en fin, con respecto a 1990, la esperanza de vida ha aumentado en dos años, cada año mueren 2 millones de niños menos y son 30 millones de niños menos los que carecen de educación elemental (*ibid.*, pp. 23, 41-42). Sin embargo estos progresos no son en absoluto homogéneos. Como documenta el mismo *Rapporto 2005* ahora citado, estos datos, a excepción del relativo a la democracia política, se deben sobre todo al enorme crecimiento económico de Asia Oriental, y, en particular, de China e India (*ibid.*, p. 58). En cambio, no valen para 50 países, con un total de 900.000 habitantes, cuyos niveles de renta están retrocediendo (*ibid.*, p. 67). En particular, en África subsahariana el número de personas que viven con menos de 1 dólar al día ha aumentado en 100 millones (*ibid.*). Más llamativo aún ha sido el crecimiento de la pobreza en Europa centro-oriental y en Rusia, donde el número de personas que viven con menos de 2 dólares al día ha crecido, tras el fin de la Unión Soviética, de 23 millones a 93 millones en 2001, es decir, del 5% al 20% de la población, y las rentas han disminuido en más del 10% en Rusia, Ucrania y Kirguistán, y en más del 40% en Georgia, Moldavia y Tagikistán (*ibid.*, pp. 58-59). En la Federación Rusa, además, la esperanza de vida ha descendido, de mediados de los años ochenta a hoy, de 70 años a 59; en el mismo periodo, en África subsahariana la distancia en la esperanza de vida ha aumentado, con respecto a la de una persona nacida en un país rico, de 24 a 33 años (*ibid.*, p. 49). Sólo después de 2000, el crecimiento económico en Rusia, Ucrania, Armenia y Tagikistán ha reducido de nuevo los niveles de pobreza (*ibid.*, p. 60).

115. *Lo sviluppo umano. Rapporto 2005*, cit., pp. 47-48, 58 y 128.

116. *Ibid.*, pp. 47, 51, 53, 58.

117. *Ibid.*, pp. 50, 41 y 48.

118. *Ibid.*, p. 47.

119. *Ibid.*, pp. 25 y 63. Además, se ha calculado que las 500 personas más ricas del mundo tienen una renta superior a la de los 416 millones de personas más pobres.

120. D. Zolo, *Globalizzazione...*, cit., p. 35. Sobre la discriminación de las mujeres en el trabajo, cf. también los datos recogidos en *Rapporto 1999...*, cit., pp. 98, 100 y 103, en *Lo sviluppo umano. Rapporto 2005*, cit., pp. 48 y 71 y 90-93. Aún hoy 530.000 mujeres mueren cada año y 8 millones sufren graves complicaciones durante el embarazo o el parto (*ibid.*, p. 56).

121. Pueden verse datos más precisos *infra*, en el § 16.24 y en las notas 206-224.

122. *Rapporto 1999...*, cit., pp. 55 y 19. En las mismas páginas de este *Rapporto 1999* se calcula que la quinta parte de la población que vive en los países de renta más alta posee el 86% de la renta mundial, mientras que la quinta parte más pobre posee sólo el 1,1%; que el patrimonio de los tres millonarios situados en la cima de la clasificación supera el producto bruto de los países menos desarrollados y de sus 600 millones de habitantes; que el patrimonio de las 200 personas más ricas del mundo es superior al conjunto de la renta del 41% de la población del planeta; que si éstas contribuyeran anualmente con apenas un 1,1%,

equivalente a 7.000 u 8.000 millones de dólares, podrían procurar acceso a la educación primaria a todos. Datos análogos son los que ofrece *Human Development Report 2001*, trad. it., *Rapporto 2001 sullo sviluppo umano. 12. Come usare le nuove tecnologie*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2001: la diferencia de renta entre el 10% más rico de la población mundial y el 10% más pobre era de un 51,5 en 1970 y de 127,7 en 1997 (*ibid.*, p. 36). En los años 1988-1993, el 10% más rico de la población de Estados Unidos (25 millones de personas) tuvo una renta superior a la del 43% más pobre de la población del mundo (cerca de 2.000 millones de personas) (*ibid.*, p. 35).

123. *Lo sviluppo umano. Rapporto 2005*, cit., p. 62. Como ha declarado Nelson Mandela, «en nuestro tiempo, cuando el mundo puede jactarse de gigantescos avances en la ciencia, la tecnología, la industria y la acumulación de riqueza, la enorme miseria y las escandalosas desigualdades son un trágico flagelo de tal envergadura que deben compararse con la esclavitud y el *apartheid* como desventuras sociales» (cit., *ibid.*, p. 24).

124. M. Foucault, «Corso del 17 marzo 1976», en *Bisogna difendere la società*, cit., pp. 200 y 221.

125. *Lo sviluppo umano. Rapporto 2005*, cit., pp. 29 y 128-129.

126. Sobre la Tasa Tobin, cf. R. Bellofiore y E. Bracaccio (eds.), *Il granello di sabia. I pro e i contro della Tobin Tax*, Feltrinelli, Milano, 2002, que contiene en apéndice una serie de textos, entre ellos (pp. 46-60) el artículo de James Tobin, «A Proposal for International Monetary Reform», publicado en *Eastern Economic Journal* 3-4 (1978), 153-159, en el que formuló la propuesta y, además, otras dos intervenciones del autor de 1997 en el *Washington Post* y una entrevista concedida en 1997.

127. Como he recordado en la nota 6 del capítulo VII, de este «patrimonio común de toda la humanidad» deben ser asegurados, conforme a los tratados que allí se invocan: *a*) su «utilización para el bien y en interés de todos los países, cualquiera que sea el estadio de su desarrollo económico o científico» (art. 1 del Tratado sobre los espacios extraatmosféricos de 27 de enero de 1967), así como *b*) el desarrollo de la correspondiente actividad «en beneficio de toda la humanidad [...], teniendo particularmente en cuenta los intereses y las necesidades de los Estados en vías de desarrollo» y *c*) «el reparto equitativo de las ventajas que de él se derivan, con un criterio no discriminatorio» (art. 140 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 10 de diciembre de 1982). Sobre estas bases, David Everett Marko ha propuesto la fijación de una tasa internacional sobre la explotación de los recursos minerales de los fondos oceánicos (y en el futuro de los de la Luna) de un 3,75% del valor material extraído (D. E. Marko, «*A Kinder*, Gentler Moon Treaty: a Critical Review of the Treaty and proposed Alternative»: *Journal of Natural Resources and Environmental Law* [1992]). La propuesta ha sido recogida y ampliada al uso de las órbitas satelitarias en torno a la Tierra y de las bandas del éter por G. Franzoni, *Anche il cielo è di Dio. Il credito dei poveri*, EdUP, Roma, 2000, pp. 91-113. Sobre la responsabilidad internacional por los daños provocados por las actividades peligrosas y contaminantes en el espacio extraatmosférico, cf. G. Catalano Sgrosso, *La responsabilità degli Stati per le attività svolte nello spazio extra-atmosferico*, Cedam, Padova, 1990.

128. J. E. Stiglitz, «Sostenere lo sviluppo salvando il pianeta», *La Repubblica*, 16 de junio de 1995, pp. 1 y 19.

129. En los países citados en la nota 54 del capítulo XII y en la nota 26 de este capítulo.

130. Cf. S. Cassese, *La crisi dello Stato*, cit., pp. 9-14, que ilustra los distintos «mecanismos de flexibilidad» previstos por el protocolo y recuerda los prece-

dentes tanto nacionales como internacionales y comunitarios de este «mercado de los derechos». Sobre el protocolo de Kioto cf. además S. Nespor y A. L. De Cesaris, *Le lunghe stati calde*, Gedit, Bologna, 2003, que recoge en apéndice la Convención marco de las Naciones Unidas sobre los cambios climáticos de 1992 y el protocolo de Kioto de 1997.

131. Es la cifra indicada por S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, cit., p. 9, que habla de «proliferación» de las organizaciones internacionales, que han pasado de 37 en 1997 a las actuales 1.850.

132. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., pp. 286 y 288. Cf. también el cuadro del orden global trazado por S. Cassese, *La crisi dello Stato*, cit., pp. 14-20 y caps. II y V, que evoca repetidamente la imagen de la «red» o del «laberinto» de «ordenamientos públicos globales», formado por múltiples instituciones públicas, para-públicas y privadas, nacionales y supranacionales, independientes o coordinadas de diversos modos, así como de «disciplinas bilaterales, multilaterales y supranacionales», según los rasgos del particularismo jurídico que fueron propios del derecho premoderno. S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, cit., pp. 8-9, ofrece una imagen aún más caótica del orden jurídico global, concebido como un «agregado de organizaciones generales y sectoriales» *a*) «fragmentado» de diversos modos, «por lo que no puede decirse ordenado de forma policéntrica o reticular, porque tales formas presuponen un diseño», *b*) «incompleto y asimétrico» por la superposición de diversas instituciones en algunas regiones y materias y por su ausencia en otras, y *c*) carente tanto de «un ámbito (auto-)definido de atribucionies» como de «una clara distribución de funciones con los Estados».

133. Art. 53: «Ninguna disposición de la presente Carta debe interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales reconocidas, en los respectivos ámbitos de aplicación, por el derecho de la Unión, el derecho internacional, las convenciones internacionales de las que la Unión o todos los Estados miembros son parte, en especial la Convención Europea para la la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, y por las Constituciones de los Estados miembros».

134. N. Bobbio, «Stati Uniti d'Italia» [1945], ahora en Íd., *Una filosofia militante. Studi su Carlo Cattaneo*, Einaudi, Torino, 1971, p. 55.

135. *Ibid*., pp. 53-54.

136. La distinción entre Estado federal y federación fue implícitamente enunciada por Kant quien, con derogación de la *domestic analogy* formulada en el primero de los pasajes citados en la nota 26, precisa inmediatamente después que la «Constitución semejante a la Constitución civil» del futuro derecho internacional deberá tener la forma no de un súper-Estado virtualmente despótico, sino de una «federación de Estados libres»: «Ésta sería una federación de pueblos, que, sin embargo, no debería ser un Estado de pueblos. Habría en ello, no obstante, una contradicción porque todo Estado implica la relación de un superior (legislador) con un inferior (el que obedece, es decir, el pueblo), y muchos pueblos en un Estado vendrían a convertirse en un solo pueblo, lo cual contradice la hipótesis (nosotros hemos de considerar aquí el derecho de los *pueblos* en sus relaciones mutuas en cuanto formando Estados diferentes, que no deben fundirse en uno solo) (*La paz perpetua*, cit., sec. II, p. 21). Cf. también *ibid*., «Apéndice», II, 2, p. 64, donde se afirma que el *status iuridicus* del derecho internacional «debe proceder de algún contrato que no necesita fundarse en leyes coactivas (como sí lo está el contrato de donde surge el Estado), sino que puede ser, en todo caso, el contrato de una asociación *constantemente libre*, como el citado más arriba de la federación de varios Estados»; *ibid*., § 3, p. 67:

«Antes hemos visto que una federación de Estados que tenga como finalidad evitar la guerra es el único *estado jurídico* compatible con su libertad». Por lo demás, la idea de la «*federación*» en oposición al «más terrible despotismo» que provendría de la unificación bajo «un jefe» fue expuesta por Kant también en el pasaje de «En torno al tópico...», aquí citado al final de la nota 26.

137. M. Bovero, «Europa 2001. Tra unità e divisioni»: *Teoria politica* XVII/2 (2001), 59-74; E. Vitale, «Le molteplici declinazioni del federalismo», ponencia presentada en el congreso *La costituzione europea: la fine di un'illusione?*, celebrado en Aosta, los días 6-7 de junio de 2006 (texto mecanografiado).

138. Sobre el proyecto constitucional de integración europea, la cuestión de su legitimidad y el «modelo Europa» diseñado por la Carta de Niza y después por el Tratado constitucional rechazado en los referendos francés y holandés, existe una literatura inabarcable. Me limito a señalar R. Bellamy, V. Bufacchi y D. Castignone (eds.), *Democracy and Constitutional Culture in the Union of Europe*, Lothian Foundation Press, London, 1995; J. H. H. Weiler, *The Constitution of Europe* [1999], trad. it., *La Costituzione dell'Europa*, Il Mulino, Bologna, 2003; M. Cartabia y J. H. H. Weiler, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000; U. De Siervo (ed.), *Costituzionalizzare l'Europa ieri ed oggi*, Il Mulino, Bologna, 2001; Íd. (ed.), *La difficile Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001; V. E. Parsi (ed.), *Cittadinanza e identità costituzionale europea*, Il Mulino, Bologna, 2001; G. Bonacchi (ed.), *Una Costituzione senza Stato*, Il Mulino, Bologna, 2001; E. Balibar, *Nous, citoyens d'Europe?* [2001], trad. it., *Noi cittadini d'Europa? Le frontiere, lo Stato, il popolo*, Manifestolibri, Roma, 2004 (trad. cast. de F. de la Fuente y M. Fuente Rocafort, *Nosotros, ¿ciudadanos de Europa? Las fronteras, el Estado, el pueblo*, Tecnos, Madrid, 2003); AA. VV., *Sfera pubblica e Costituzione europea*, Carocci, Roma, 2002; B. De Giovanni, *L'ambigua potenza dell'Europa*, Guida, Napoli, 2002; C. Pinelli, *Il momento della escritura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2002; A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002; E. Balibar, H. Friese, A. Negri y P. Wagner (eds.), *Europa politica. Ragioni di una necessità*, Manifestolibri, Roma, 2002; E. Cannizzaro, «Il pluralismo dell'ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità»: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 31/I (2002); E. Paciotti (ed.), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Meltemi, Roma, 2003; Íd. (ed.), *Per una Europa costituzionale*, Ediesse, Roma, 2006; F. Bassanini y G. Tiberi (eds.), *Una Costituzione per l'Europa. Dalla Convenzione europea alla Conferenza intergovernativa*, Il Mulino, Bologna, 2003; A. Cantaro, *Europa sovrana*, Dedalo, Bari, 2003; A. Manzella, «Lo stato comunitario»: *Quaderni costituzionali* (2003); G. G. Floridia, *Il cantiere della nuova Europa. Tecnica e politica nei lavori della Convenzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003; Íd., «La forma di governo nel progetto della Convenzione»: *Democrazia e diritto* 2 (2003), 141-162; F. Cassano, «Un altro Occidente. Riflessioni sull'Europa»: *ibid.*, 21-35; U. Allegretti, «Il senso d'Europa nel progetto della Convenzione»: *ibid.*, 91-113; F. Petrangeli, «Processo di riforma dell'Unione e questione democratica»: *ibid.*, 114-140; G. Bronzini, «La Costituzione europea e il suo modello sociale: una sfida per il Vecchio continente»: *ibid.*, 174-202; A. Lucarelli, «Diritti sociali e principi 'costituzionali' europei»: *ibid.* 3 (2003), 179-192; G. Bronzini, *I diritti del popolo mondo*, cit., II parte; G. Zagrebelsky (ed.), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Roma-Bari, 2003; S. Dellavalle, «La legittimazione del potere pubblico europeo»: *Teoria politica* I (2003), 43-67; V. Pazé, «La carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Un analisi teorica»: *ibid.*, 69-81; G. Palombella,

«Il significato costituzionale della cittadinanza europea»: *ibid.* 2 (2004), 3-38; X. Pedrol y G. Pisarello, *La Constitución furtiva. Por una construcción social y democrática de Europa*, Icaria, Barcelona, 2004; A. Celotto (ed.), *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2004; F. Pietrangeli (ed.), *Una Costituzione per l'Europa? Potenzialità e limiti del nuovo ordinamento dell'Unione*, Ediesse, Roma, 2004; M. Telò, *L'Europa, potenza civile*, Laterza, Roma-Bari, 2004; G. Borgna (ed.), *Il modello sociale nella Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2004; M. Fioravanti, «Il Trattato costituzionale europeo: una nuova tappa del processo costituente in Europa», en G. Vacca (ed.), *Dalla Convenzionie alla Costituzione*, Dedalo, Bari, 2005; G. Bisogni, G. Bronzini y V. Piccone (eds.), *I giudici e la Carta dei diritti dell'Unione Europea. Giurisprudenza, documenti e riflessioni sulla Carta di Nizza*, Chimienti, Taranto, 2006; Ídd. (eds.), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Chimenti, Taranto, 2007; G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, cit.; L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Il Mulino, Bologna, 2006.

139. «El advenimiento de una Europa libre se aproxima a grandes pasos», escribió Leone Ginzburg al inicio de la lucha partisana en Italia contra el nazifascismo: «En la Europa que saldrá de tantos sufrimientos y de tantas tribulaciones soportadas en común, los ligámenes entre los pueblos liberados no serán diferentes ni menos íntimos de los que existen entre los pueblos combatientes. Frente a cualquier intento futuro de sometimiento totalitario de Europa, los regímenes populares que nacerán de esta guerra serán no sólo solidarios, sino unidos [...] La nueva Europa tendrá lazos de solidaridad política, militar, económica que todavía no se pueden precisar sólo porque se seguirán de una manera natural de la objetiva situación de la inmediata posguerra: pero, en efecto, estos vínculos *existen ya ahora*, han surgido, precisamente, de las luchas soportadas en común» (L. Ginzburg, «L'Europa libera»: *L'Italia libera* 7, 11 de septiembre de 1943, ahora en *Scritti*, ed. de D. Zanardo, Einaudi, Torino, 2000, pp. 46-47). Gracias a esta lucha común, añade Ginzburg, «el pueblo italiano tendrá su puesto en Europa si es que sabe merecerlo con la acción directa: hoy, dentro de una hora, inmediatamente» (*ibid.*, p. 46): «La guerra que desde la otra noche se combate en toda Italia ya no es aquella vergonzosa y bellaca que nos hacía extraños —si no íntimamente enemigos— de los otros pueblos europeos que de antiguo luchan por la libertad. Ya no tenemos necesidad de escribir en los muros 'Vivan los heroicos daneses': nosotros somos también como ellos, como los franceses, los belgas, los holandeses, como los yugoslavos y los griegos, como los checos y los polacos: también nosotros podemos y debemos combatir, con todos los medios disponibles, la tiranía nazi que ya está vacilando bajo los golpes combinados de los ejércitos anglosajones y rusos» (*ibid.*, pp. 46-47).

140. Remito a los escritos citados *supra*, en la nota 58 del capítulo XIII.

141. Véase, *supra*, el pasaje de Carl Schmitt citado en la nota 61 del capítulo XIII.

142. En los pasajes citados, *supra*, en las notas 11, 60 y 61 del capítulo XIII.

143. Recuérdense los pasajes de Cicerón citados en las notas 45 y 47 del capítulo VII. Si todo esto es verdad, las tesis euroescépticas, como la relación entre constitución y pueblo, deben invertirse. Si es cierto que el fenómeno de la legitimidad de una constitución no reside en la existencia de un mítico *demos*, sino en los principios de igualdad en los derechos fundamentales y de igual dignidad de las personas en ella estipulados, hemos de reconocer que estos principios se encuentran todos límpidamente establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en Niza en diciembre de 2000 e inclui-

da e integrada en el Tratado constitucional europeo. «La dignidad humana es inviolable», afirma el art. 1 de la Carta. «Todas las personas son iguales ante la ley», dice el art. 20. Y el art. 21 añade: «Se prohíbe cualquier forma de discriminación fundada, en particular, en el sexo, la raza, el color de la piel o el origen étnico o social, las características genéticas, la lengua, la religión o las convicciones personales, las convicciones políticas o de cualquier otra naturaleza, la pertenencia a una minoría nacional, el patrimonio, el nacimiento, las minusvalías, la edad o las tendencias sexuales». Hay, además, en la Carta de Niza, una norma análoga a la del art. 3.1 de la Constitución italiana: es el art. 34, que impone a la Unión «el fin de luchar contra la exclusión social y la pobreza» y para ello «reconoce el derecho a la asistencia social y a la asistencia habitacional dirigidas a garantizar una existencia digna a todos los que no dispongan de recursos suficientes». En suma, la Carta de Niza diseña un principio de *igualdad* complejo que refleja el doble valor, formal y sustancial, de la noción teórica de igualdad jurídica aquí definida en el capítulo XI. En efecto, por un lado, este principio no ignora las *diferencias* sino que, al contrario, respeta y valoriza todas («la Unión» dice el art. 22, «respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística»); por otro, se opone a las *desigualdades* obligando, como dice el art. 34, a «luchar contra la exclusión social y la pobreza». Hay que añadir que el proceso de integración europea, como ha hecho ver Luisa Torchia, *Il governo delle differenze...*, cit., se ha desarrollado a partir de un principio original, que ella llama «principio de equivalencia», que en materia de competencia y de políticas sociales conjuga unidad y pluralismo jurídico, unitariedad (pero no uniformidad ni centralización) del derecho público europeo y respeto de las diferencias nacionales, según la imagen, expresada en el Preámbulo del Tratado instituyente de la Constitución europea, de una Europa «unida en la diversidad».

144. M. Cartabia y J. H. H. Weiler, *L'Italia in Europa...*, cit., p. 50.

145. Es el principio, ya evocado *supra* en la nota 12, que el Tribunal de Justicia afirmó a partir de la conocida sentencia de 15 de julio de 1964, causa 6/64 *Costa Enel*, en la que declaró que «el derecho nacido del Tratado no puede encontrar un límite en cualquier disposición de derecho interno sin perder su propio carácter comunitario y sin que resulte cuestionado el fundamento jurídico de la propia Comunidad»; y que por eso «la transferencia por parte de los Estados de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado en favor del ordenamiento jurídico comunitario implica una limitación definitiva de sus derechos soberanos, frente a la cual un acto unilateral posterior incompatible con el sistema de la Comunidad carecería de toda eficacia». Además, el principio fue extendido a la oposición entre normas comunitarias y normas constitucionales por la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, causa 106/70 *Internationale Handelsgesellschaft*: «El hecho de que resulten menoscabados tanto los principios fundamentales sancionados por la Constitución de un Estado miembro, como los principios de una constitución nacional, no puede disminuir la validez de un acto de la comunidad ni su eficacia en el territorio del propio Estado». Y fue después plenamente confirmado por la sentencia de 9 de marzo de 1978, causa 106/77 *Simmenthal*, que afirmó, sobre el modelo federal, el carácter unitario del ordenamiento comunitario y de los estatales, estableciendo que las normas del primero «son parte integrante del ordenamiento jurídico vigente en el territorio de cada Estado miembro, con rango superior a las normas internas»; de modo que toda norma interna que las contradiga es «inaplicable *ipso iure*»: «Cualquier juez nacional, dentro del ámbito de su competencia, está obligado a aplicar íntegramente el derecho comunitario y a tutelar los derechos que éste atribuye a los particulares, dejando de

aplicar las disposiciones eventualmente contrastantes de la legislación interna, sea anterior o sucesiva a la ley comunitaria». De ahí las aporías y las antinomias insanables que generan el riesgo de debilitar el paradigma constitucional de los ordenamientos de los países de la Unión: en efecto, una norma comunitaria en conflicto con la constitución de un ordenamiento estatal debería, en rigor, ser expulsada de ese ordenamiento; pero no puede serlo sobre la base de estos pronunciamientos, sin cesar con ello de ser comunitaria y sin minar de ese modo la unidad del ordenamiento de la Unión.

146. Ésta es la dirección en la que se ha orientado el planeamiento jurídico, tanto de derecho civil como de derecho penal. Sobre el proyecto de un código civil común europeo, cf. la segunda versión de los *Principles of European Contract Law*, publicada con una presentación de G. Alpa, «I principi del diritto contrattuale europeo»: *Rivista critica del diritto privato* 3 (2000). Sobre esta empresa, cf., además, la recopilación de escritos *Towards a European Civil Code (Second Revised and Expanded Edition)*, Nijmegen-The Hague-London, 1998; G. Alpa, «Nuove frontiere del diritto contrattuale»: *Contratto impresa* (1997), 961-979; Íd., «Il codice civile europeo: 'ex pluribus unum'»: *Contratto e impresa/Europa* (1999), 695-710. Sobre el proyecto denominado «*Corpus Juris* per la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea» y elaborado, por iniciativa de la Comisión Europea, por un grupo de penalistas coordinado por Mireille Delmas-Marty, cf. G. Grasso (ed.), *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Giuffrè, Milano, 1998, que contiene el texto del proyecto comentado artículo por artículo; L. Picotti (ed.), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 1999. Además, en la perspectiva de un derecho penal europeo, cf., junto al viejo volumen *Prospettive di un diritto penale europeo*, Padova, Cedam, 1968, que recoge las actas de un seminario celebrado el año anterior, M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, Lonrai, 1994; Íd., «Union Européenne et droit penale»: *Cahiers de droit européen* (1997), 613 ss.; Íd.«Verso un diritto penale comune europeo?»: *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 5-6 (1997), 543-554; K. Tiedemann, «L'europeizzazione del diritto penale»: *ibid.* (1998), pp. 3-21; G. Grasso, «Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea»: *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia* 4 (1995), 1159-1193; Íd. (ed.), *Prospettive di un diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 1998; M. Delmas-Marty y S. Manacorda, «Le corpus iuris: un Chantier ouvert dans la construction du Droit pénal économique européen»: *European Journal of Law Reform* I/4 (1999), 473-500; S. Manacorda, «Le droit pénal et l'Union Européenne: esquisse d'un système»: *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 1 (2000), 95-121. En fin, sobre los diversos procesos (no sólo europeos) de unificación supranacional del derecho, dirigidos a superar —en el plano legislativo, jurisprudencial, doctrinal o contractual— las diversidades existentes entre los distintos ordenamientos nacionales y a la elaboración de una disciplina uniforme, cf. M. J. Bonell, «Unificazione internazionale del diritto», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XLV, 1992, pp. 720-734 y la bibliografía citada.

147. M. Telò, *L'Europa, potenza civile*, cit. En la misma perspectiva, Anna Caffarena concibe un papel de guía que, ante la «crisis de legitimidad que sufre Estados Unidos», debido a su estrategia de guerra preventiva, podría asumir la Unión Europea en la promoción de un orden internacional multilateral como «comunidad de seguridad a escala planetaria, construida en torno a la indivisibilidad de la democracia» («L'Unione Europea e l'evoluzione dell'ordine multilaterale», ponencia presentada en el encuentro «La costituzione europea: la fine di un'illusione?», cit., texto mecanografiado).

148. Cf. M. Telò, *L'Europa, potenza civile*, cit., cap. III, que pone de relieve

cómo Europa no puede convertirse en una potencia militar dado que su gasto social (el 29,9% del PIB) es el doble que en Estados Unidos (el 14% del PIB), lo que resulta incompatible con unos gastos militares como los que mantiene este país; M. Telò recuerda además, en apoyo de la especificidad del modelo social europeo, la larga tradición de la idea de solidaridad en el pensamiento cristiano, liberal-socialista y marxista en casi todos los países europeos; el papel jugado por los partidos obreros y socialdemócratas en la organización de la sociedad civil y política; la naturaleza específica del sindicalismo europeo, ligado a la tradición política, universalista y no corporativa, del movimiento obrero; el compromiso económico y social que dio vida a los Estados sociales europeos y a su papel de gobierno de la economía y del mercado en ellos encomendado a la esfera pública y a la concertación sindical.

149. H. Bull, *The Anarchical Society*..., cit., pp. 284-295 y 302-305; D. Zolo, *Cosmopolis*..., cit., p. 182; Íd., *Globalizzazione*..., cit., p. 71.

150. D. Zolo, *Globalizzazione*..., cit., p. 129; Íd., «Fondamentalismo umanitario», epílogo a M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry* [2001], trad. it., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003, pp. 135-157 (trad. cast. de F. Beltrán Adell, *Los derechos humanos como política e idolatría*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2003).

151. «El neorrealismo politológico según el cual dominan siempre los cálculos y los intereses nacionales falla porque no sabe entender ni descodificar el nuevo juego de poder de la globalización. Quien cree que Estados Unidos finge hacer de policía del mundo para afirmar en el polvorín de los Balcanes intereses económicos y geopolíticos simplemente americanos, falsea la realidad. Y no sólo: es incapaz de ver hasta qué punto la política de los derechos humanos (al igual que la afirmación del 'libre mercado') se ha convertido en la religión civil, el credo verdadero y propio de Estados Unidos [...] La explosión de la guerra en Kosovo ha traído a primer plano un aspecto: está naciendo una nueva política postnacional de humanismo militar, de intervención de potencias transnacionales que se mueven para hacer respetar los derechos humanos más allá de los límites de las fronteras nacionales» (U. Beck, «Il soldato Ryan e l'era delle guerre postnazionali», en AA. VV., *L'ultima crociata?*..., cit., pp. 68-69). Más adelante Beck habla de un «pacifismo militar, la nueva mezcla de generosidad humanitaria y lógica imperialista» que «viene preparado, normalizado y generalizado mediante un proceso que llamaremos 'círculo de la globalización': la erosión del poder territorial hace sonar la hora de la responsabilidad global» (*ibid*., p. 72).

152. M. Walzer, *Guerras justas e injustas*..., cit., actualizado en Íd., *Arguing about War*, Yale UP, London, 2004. El documento de sesenta intelectuales a favor de la guerra de Kosovo está publicado bajo la rúbrica «Guerra, diritto e ordine globale», en el sitio de *Jura Gentium*: htpp://dex1.tsd.unifi.it/iuragentium. Cf. también, de M. Walzer, *La libertà e i suoi nemici nell'età della guerra al terrorismo*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 44, en el que la guerra de Irak, aunque considerada injusta antes de su comienzo, se justifica una vez iniciada con el argumento de que habría sido «injusto [...] dejar a Sadam en el poder. Es mejor y más justo el hecho de que Irak tenga la posibilidad de ver surgir un nuevo gobierno».

153. M. Ignatieff, *The Lesser Evil. Political Ethics in an Age of Terror*, Princeton UP, Princeton, 2004, p. 19 (trad. cast., *El mal menor: ética política en una época de terror*, Taurus, Madrid, 2004). Cf. también, de M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, cit., pp. 42-48, donde se refiere a la guerra de Kosovo con los eufemismos «intervención militar» y «uso de la fuerza militar», ignorando, como por lo demás la mayor parte de la publicística del momento, la

radical diferencia ya apuntada aquí entre la guerra y la «acción coercitiva internacional» bajo las formas, los límites y conforme a los presupuestos establecidos en la Carta de la ONU. De similares premisas parte también la propuesta de la constitucionalización del estado de emergencia avanzada en el ensayo de B. Ackerman, *La costituzione d'emergenza*, citado en la nota 132 del capítulo XIII, que es una verdadera contradicción en los términos.

154. «El manifiesto» de los pacifistas alemanes contra la intervención en Kosovo, escribe Habermas, «no se dirige a la buena conciencia de los realistas encallecidos propugnadores de la razón de Estado. Lo hace, en cambio, contra el pacifismo legal de una coalición rojo-verde [...] Por el contrario, según los presupuestos de la política de los derechos humanos, esta intervención debe ser entendida como una misión pacificadora, armada pero autorizada por la comunidad internacional (aunque sin mandato de la ONU)» («Umanità e bestialità: una guerra ai confini tra diritto e morale», en AA. VV., *L'ultima crociata?...*, cit., pp. 75-76). Sin embargo, Habermas reconoce que «hay muchas fuentes de inquietud»: sobre todo las «dudas sobre la cordura de una conducta negocial que no dejó más opción que el ataque armado»; en segundo lugar los «amenazadores efectos colaterales de la guerra»: «detrás de todo 'efecto colateral', de cada tren que cae inadvertidamente con un puente destruido sobre el Danubio, detrás de cada tractor con prófugos albaneses, de cada centro residencial serbio, de cada objetivo civil que caiga víctima accidental de un misil, no es advertible una contingencia cualquiera de la guerra, sino un sufrimiento que 'nuestra' intervención tiene sobre su conciencia» (*ibid*. p. 78).

155. D. Zolo, *Globalizzazione...*, cit., p. 107. La misma concepción ético-cognoscitivista de los derechos humanos como tesis teóricas en vez de normas y convenciones normativas, y con ello la confusión entre *derechos* humanos y *doctrina de los* derechos humanos, se halla, de manera no menos explícita, en Zolo, en *Chi dice umanità...*, cit., pp. 109-110: «La universalidad de los derechos del hombre es, pues, un postulado racionalista que no sólo carece de confirmaciones en el plano teórico, sino que despierta justa desconfianza en las culturas no occidentales (*ibid*., p. 110). Las mismas tesis se encuentran últimamente en D. Zolo, *La justicia de los vencedores*, cit., donde igualmente se habla de la «universalidad de los derechos» como de una falsa «tesis filosófica» (*ibid.*, p. 83) basada en el «postulado dogmático del iusnaturalismo y del racionalismo ético, que carece de confirmaciones en el plano teórico» (*ibid.*, p. 92).

156. Precisamente, Zolo contesta «la legitimidad política y jurídica de una tutela internacional de los derechos humanos que asuma formas coercitivas —jurisdiccionales o militares— en nombre de la universalidad de la doctrina de los derechos del hombre» (*Globalizzazione...*, cit., pp. 100-101).

157. D. Zolo, *Globalizzazione...*, cit., p. 105.

158. *Ibid*.

159. *Ibid*., p. 100.

160. *Ibid*., p. 101.

161. *Ibid*., pp. 129-130: «El uso de la fuerza se justifica en nombre de una suerte de fundamentalismo humanitario que enfatiza el deber de los países occidentales de tutelar los derechos del hombre en cada rincón de la tierra, incluso mediante intervenciones armadas. Al universalismo normativo de los derechos del hombre debe corresponder el universalismo de su protección militar, como ha sostenido recientemente Michael Ignatieff [...] Es el monoteísmo neoimperial de la 'guerra humanitaria', con apoyo en el clásica concepción 'cosmopolita' del necesario declinar de las soberanías nacionales y de la emergencia de un mundo globalizado bajo la responsabilidad y la guía de una sola potencia».

162. Amnesty International, *Rapporto annuale 2005*, cit., pp. 650 y 656.

163. G. Preterossi, *L'Occidente contro se stesso*, Laterza, Roma-Bari, 2004. La misma ambivalencia generada por la política de guerra de los Estados Unidos contraria al derecho internacional y al proyecto kantiano se encuentra en J. Habermas, *El Occidente escindido*, cit. Sostiene la separación de Occidente de los Estados Unidos, a causa de su autopropuesta como «soberano universal», R. La Valle, *Agonia e vocazione dell'Occidente*, cit., caps. III y IV.

164. Tomo de las citas de Pereterossi, *L'Occidente contro se stesso*, cit., pp. 60-61, 33, 69-70 y 74, algunos pasajes de estos autores, de una grosería embarazosa: «El actual sistema internacional no está constituido en torno a un equilibrio de poder, sino en torno a la hegemonía americana. Las instituciones financieras internacionales han sido forjadas por los americanos y sirven a los intereses americanos [...] El mundo dominado por América surgido después de la Guerra Fría es un mundo más justo que cualquier alternativa imaginable. Un mundo multipolar, en el que el poder esté dividido entre las grandes potencias (incluidas China y Rusia) sería mucho más peligroso y menos compatible con la democracia y las libertades individuales. Los americanos deberían entender que su apoyo a la supremacía estadounidense es la mayor contribución que puede hacer un pueblo a la justicia internacional. Es también un maná para los intereses americanos y para lo que podemos llamar el espíritu americano» (R. Kagan y W. Kristol, «Present Dangers» [2000], trad. it., «Il pericolo odierno», en L. Lobe y A. Oliveri [eds.], *I nuovi rivoluzionari. Il pensiero dei neoconservatori americani*, Feltrinelli, Milano, 2003, pp. 50 y 63); «En Irak morirá la fantasía de las Naciones Unidas como fundamento de un nuevo 'orden mundial' [...] ¿De verdad que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas es la institución con mejores condiciones para garantizar el orden y salvarnos de la anarquía? La historia diría que no. Las Naciones Unidas nacieron de las cenizas de una guerra que la Liga de las Naciones no fue capaz de conjurar» (R. Perle, «Nazioni Unite in caduta libera» [2003], en J. Lobe y A. Olivieri [eds.], *I nuovi rivoluzionari...*, cit., pp. 101-102; «El principal objeto del conflicto entre Estados Unidos y la mayor parte de los que se oponen a su hegemonía no es la 'arrogancia' americana. Es la ineluctable realidad del poder americano en sus múltiples formas. Los que sugieren que este resentimiento internacional podría ser de algún modo eliminado mediante una política exterior americana más controlada sólo se hacen placenteras ilusiones [...] Precisamente, porque la política exterior estadounidense está informada por un grado insólitamente alto de moralidad, las demás naciones se percatan de que tienen menos que temer de su poder, que de otro modo sería amenazador» (*ibid*., pp. 60-61); «América es profundamente diferente de los demás países occidentales en su espíritu marcial» (K. Zinsmeister, «What Do You Mean, a Good War»: *Just War* [marzo de 2003]). El tema del espíritu marcial americano ha sido recogido por R. Kagan, *Of Paradise and Power* [2003], trad. it., *Paradiso e potere. America ed Europa nel nuovo ordine mondiale*, Mondadori, Milano, 2003, que contrapone una América hobbesiana a una Europa kantiana, olvidando que el soberano de Hobbes está legitimado únicamente por su capacidad de garantizar la paz, y no ciertamente por su inclinación a gobernar mediante la guerra. Sobre el papel de la religión en apoyo de la política estadounidense de agresión y, más en general, sobre los riesgos creados por las diversas y recurrentes formas modernas de «sacralización de la política» y de «religiones de la política», cf. E. Gentile, *La democrazia di Dio. La religione americana nell'era dell'impero e del terrore*, Laterza, Roma-Bari, 2006; Íd., *Le religioni della politica. Fra democrazie e totalitarismi* [2001], Laterza, Roma-Bari, [2]2007.

165. G. Preterossi, *L'Occidente contro se stesso*, cit., pp. 44-45, habla al respecto de «jacobinismo reaccionario global».

166. Recuérdense los pasajes de Hobbes, Locke y Kant citados *supra* en las notas 21, 26 y 30.

167. «Crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos» es según esta norma uno de los fines de las Naciones Unidas. En el preámbulo de la Carta, además, se enuncia «la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas», principio ratificado en el art. 2.1 de la Carta que establece la «soberana igualdad de todos» los Estados miembros.

168. Sobre el derecho de autodeterminación de los pueblos véanse las referencias recogidas, *supra*, en la nota 49 del capítulo VII. Sobre la diferencia entre autodeterminación y secesión, la segunda no siempre legítima con fundamento en la primera, cf. C. Margiotta, *L'ultimo diritto. Profili storici e teorici della secessione*, Il Mulino, Bologna, 2005.

169. Sobre las nociones de «pueblo» y «soberanía popular», véanse las notas 43-49 del capítulo VII y 11-19 del capítulo XIII.

170. Es lo que establece el art. 1.2 de los dos Pactos internacionales de 1966. El derecho a la autodeterminación de los pueblos se concibe así como un derecho colectivo complejo que incluye, además de un derecho político de autonomía, un derecho económico al goce y la explotación de los propios recursos y un derecho social a no ser privados de los medios de subsistencia y, por consiguiente, a disfrutar de ellos. Por tanto, el derecho de autodeterminación, tomado en su dimensión externa, excluye las actuales formas de hetero-determinación impuestas, de hecho, a los países pobres por los poderes no sólo políticos sino también económicos, no sólo estatales sino que operan también a escala global, no sólo visibles sino también invisibles y habitualmente desconocidos. Es además oportuno recordar que esta categoría de «bienes comunes», hoy utilizable junto a la de «recursos naturales» de los que cada pueblo puede disponer frente a las políticas depredadoras del capitalismo salvaje, fue empleada, por el contrario, en los albores de la época moderna, para legitimar las primeras formas de explotación colonial. Recuérdense los pasajes de F. de Vitoria, «De indis...», cit., *sec.* III, 2, *prob.* 10, p. 258 y 6, V *propositio*, p. 260, citados *supra* en las notas 90 y 91 del capítulo XV.

171. Sobre la Organización de las Naciones Unidas me limito a señalar, H. Kelsen, *The Law of the United Nations. A Critcial Analysis of Its Fundamental Problems*, Steven and Sons, London, 1950; T. Perassi, *L'ordinamento delle Nazioni Unite*, Cedam, Padova, 1953; A. Ross, *The United Nations. Peace and Progress*, The Bedminster Press, Totowa (New Jersey), 1966; L. Picchio Forlati (ed.), *Le Nazioni Unite*, Cedam, Padova, [6]2000; Íd., «Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XXXI, 1981, pp. 265-304; S. Marchisio, *L'Onu. Il diritto delle Nazioni Unite*, Il Mulino, Bologna, 2000.

172. «Los derechos de voto en el Fondo no están atribuidos según los usuales principios democráticos, sino según el poder económico [...] En la mayor parte de nuestras democracias nadie piensa que sean precisos requisitos económicos para votar. No creemos que sea necesario poseer propiedades para votar, aunque se sabe que el voto incide en las cuestiones económicas. Por eso el derecho de voto no resulta atribuido en función de los dólares o las liras: excepto en las instituciones internacionales» (J. E. Stiglitz, *In un mondo imperfecto...*, cit., p. 23).

173. J. E. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, cit., p. 17.

174. En su concepción originaria, escribe Stiglitz, «el FMI se basaba en la conciencia de que los mercados a menudo no funcionaban debidamente, que podían producir tasas elevadas de desempleo y no ser capaces de poner a disposición de los países en crisis los fondos necesarios para ayudarlos a levantarse. El FMI se basaba en la convicción de que para alcanzar la estabilidad económica era necesaria una acción colectiva a escala global para garantizar la estabilidad política. El FMI es una institución *pública*, financiada por los contribuyentes de todo el mundo [...] Con los años, el FMI ha cambiado profundamente. Nacido a partir del presupuesto de que los mercados funcionan mal, ahora sostiene con fervor ideológico la supremacía del mercado. Construido sobre el convencimiento de que es necesario ejercer una presión internacional sobre los Estados para que adopten políticas económicas más expansivas —aumentando, por ejemplo, el gasto, reduciendo los impuestos o bajando los tipos de interés para estimular la economía—, hoy el FMI tiende a aportar fondos sólo a los países que se comprometen a desarrollar políticas dirigidas a contener el déficit, aumentar los impuestos o a elevar los tipos de interés y que por tanto llevan a una contracción de la economía. Keynes se revolvería en su tumba si viese lo que se ha hecho de su criatura» (*La globalizzazione e i suoi oppositori*, cit., p. 11). Cf. las propuestas de reforma del FMI avanzadas por Stiglitz, *ibid.*, pp. 219-258.

175. J. E. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi opositori*, cit., pp. 34-35.

176. *Ibid.*, caps. I y II y *passim*. La quiebra, naturalmente, es en relación con las finalidades keynesianas originarias —la defensa de la estabilidad, la prevención de las crisis, la tutela del empleo, el desarrollo de los países pobres— y no ciertamente con respecto a los intereses de Estados Unidos que detentan el control.

177. Mientras tanto, se ha visto un instrumento idóneo para garantizar alguna efectividad a los derechos de los trabajadores y a los derechos sociales, en la imposición de las llamadas «cláusulas sociales» introducidas en varios acuerdos internacionales bi- o multilaterales (pero aún no en el ordenamiento de la Organización Internacional del Comercio), que vinculan a los Estados y a las empresas al respeto de normas, relativas al trabajo y a los derechos sociales, internacionalmente reconocidas como condiciones para gozar de determinados beneficios o para no incurrir en sanciones económicas. Sobre el nivel cada vez más supranacional del garantismo laboral cf. A. Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausule sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1999, pp. 24 ss.; A. Bellavista, «Il diritto del lavoro nell'economia globale»: *Ragion pratica* 16 (2001), 30 ss.; E. Scarponi (ed.), *Globalizzazione e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001; S. Sanna, *Diritti dei lavoratori e disciplina del commercio nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2004; P. Alston (ed.), *Labour Rights as Human Rights*, Oxford UP, Oxford, 2004; L. Zoppoli, «Strumenti di tutela del lavoro nel mercato globale»: *Democrazia e diritto* 3 (2004), 134-139. G. Brozini ha puesto de relieve un importante «giro de la OIT», que desmiente las corrientes sobre la «imposibilidad de sustraer el garantismo en el campo social a las cada vez menos vigiladas y más evanescentes fronteras estatales»; ilustrando los cuatro «meta-derechos» proclamados como vinculantes, tanto para los Estados como para las empresas, por los países adherentes a la OIT en la Declaración de 1998: *a*) la libertad de asociación y el derecho de contratación colectiva; *b*) la eliminación de toda forma de trabajo forzado u obligatorio; *c*) la abolición del trabajo infantil; *d*) la supresión de toda forma de discriminación en materia de empleo y de trabajo («La Dichiarazione del 1998 sui 'core labour rights' e la rinascita de la Oil»: *Democrazia e diritto* 1 [2006], 79-96).

178. Sobre el derecho internacional del medio ambiente, cf. B. Caravita, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 1990; Íd., *Diritto dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 61-69; F. Lucarelli y E. Forte, *Diritto dell'ambiente. Procedure d'impatto. Earth Summit*, Idelson, Napoli, 1992; F. Lucarelli, *Tutela dell'ambiente e nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 1995; M. Barrère, *Terre, patrimoine commun. La science au service de l'environnement et du développement*, La Découverte, Paris, 1992; A. Kiss y J.-P. Beurier, *Droit international de l'environnement*, Pedone, Paris, [2]2000; J. M. Pureza, *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia un Derecho internacional de la solidaridad?*, Trotta, Madrid, 2002; AA. VV., *L'eau, patrimoine commun de l'humanitè*, L'Harmattan, Paris, 2002; A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia y N. Olivetti Rason, *Diritto dell'ambiente*, Laterza, Roma-Bari, 2003. Sobre los dramáticos problemas ecológicos, cf. R. Carson, *Silent Spring* [1962], trad. it., *Primavera silenziosa*, Feltrinelli, Milano, 1962; D. H. Meadows, D. L. Meadows y J. Randers, *The Limits to Growth* [1972], trad. it., *I limiti dello sviluppo*, Mondadori, Milano, 1973; Ídd., *Oltre i limiti dello sviluppo*, cit.; F. Viola, *Stato e natura*, Anabasi, Milano, 1995; M. Talacchini, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996; Íd. (ed.), *Etiche della terra. Antologia di filosofia dell'ambiente*, Vita e Pensiero, Milano, 1998; L. Piccioni, «L'esemplare caso del riscaldamento globale»: *Parolechiave* 25 (2001), 215-242; M. Forti, *La Signora di Narmada. Le lotte degli sfollati ambientali nel sud del mondo*, Feltrinelli, Milano, 2004.

179. Cf. las indicaciones formuladas por F. Stella, *Giustizia e potere*, cit., pp. 481-511.

180. Conforme a las previsiones de D. H. Meadows. D. L. Meadows y J. Renders, *Oltre i limiti dello sviluppo*, cit., p. 98, si los recursos energéticos del planeta se consumieran cada año en la misma proporción que en 1989, se agotarían antes de 2050. En realidad, según se ha puesto de relieve, la tasa media de consumo ha crecido desde entonces un 2% al año: «Estamos quemando los hidrocarburos al ritmo de cerca de un millón de veces más rápido que el seguido en su formación» (U. Bardi, *La fine del petrolio. Combustibili fossili e prospettive energetiche per il ventesimo secolo*, Editori Riuniti, Roma, 2003, p. 40). En 2001 las fuentes utilizadas para la producción mundial de energía fueron: el 40,9% petróleo, el 21,42% gas, el 20,51% carbón, el 11,64% nuclear y sólo el 5,9% energías renovables (*Renovable Energy, Market and Policy Trends*, IEA, 2004, p. 43). Semejante imprevisión sólo se explica por el enorme bloque de intereses privados organizados en torno al petróleo y a los combustibles fósiles, responsables del cambio climático.

181. Recuérdese la hermosa oración de Voltaire: «Ya no es por lo tanto a los hombres a los que me dirijo, es a ti, Dios de todos los seres, de todos los mundos y de todos los tiempos: si está permitido a unas débiles criaturas perdidas en la inmensidad e imperceptibles al resto del universo osar pedirte algo, a ti que lo has dado todo, a ti cuyos decretos son tan inmutables como eternos, dígnate mirar con piedad los errores inherentes a nuestra naturaleza; que esos errores no sean causantes de nuestras calamidades. Tú no nos has dado un corazón para que nos odiemos y manos para que nos degollemos; haz que nos ayudemos mutuamente a soportar el fardo de una vida penosa y pasajera; que las pequeñas diferencias entre los vestidos que cubren nuestros débiles cuerpos, entre todos nuestros idiomas insuficientes, entre todas nuestras costumbres ridículas, entre todas nuestras leyes imperfectas, entre todas nuestras opiniones insensatas, entre todas nuestras condiciones tan desproporcionadas a nuestros ojos y tan semejantes ante ti; que todos esos pequeños matices que distinguen a los átomos

llamados *hombres* no sean señales de odio y persecución; que los que encienden cirios en pleno día para celebrarte soporten a los que se contentan con la luz del sol; que aquellos que cubren su traje con una tela blanca para decir que hay que amarte no detesten a los que dicen la misma cosa bajo una capa de lana negra; que dé lo mismo adorarte en una jerga formada de una antigua lengua o en una jerga más moderna; que aquellos cuyas vestiduras están teñidas de rojo o violeta, que mandan en una pequeña parcela de un pequeño montón de barro de este mundo y que poseen algunos fragmentos redondeados de cierto metal, gocen sin orgullo de lo que llaman *grandeza* y *riqueza* y que los demás los miren sin envidia: porque Tú sabes que no hay en estas vanidades nada que envidiar ni nada de que enorgullecerse. ¡Ojalá todos los hombres se acuerden de que son hermanos! ¡Que odien la tiranía ejercida sobre sus almas como odian el latrocinio que arrebata a la fuerza el fruto del trabajo y de la industria pacífica! Si los azotes de la guerra son inevitables, no nos odiemos, no nos destrocemos unos a otros en el seno de la paz y empleemos el instante de nuestra existencia en bendecir por igual, en mil lenguas diversas, desde Siam a California, tu bondad que nos ha concedido ese instante» (Voltaire, *Traité de la tolerance* [1763], trad. cast., «Tratado sobre la tolerancia», en *Opúsculos satíricos y filosóficos*, ed. de R. de Dampierre, con prólogo de C. Pujol, Alfaguara, 1978, pp. 90-91).

182. Son los títulos de dos libros de Habermas y Preterossi citados *supra* en la nota 163. Cf. además el fascículo *Occidentalismi*, de *Parolechiave* 31 (junio de 2004) y, en particular, C. Pasquinelli, «Occidentalismi», *ibid*., pp. 7-13; G. Marramao, «Il mondo e l'Occidente oggi. Il problema di una sfera pubblica globale», *ibid*., pp. 23-41; A. Triulzi, «Lo sguardo coloniale», *ibid*., pp. 103-114. Más allá de la ambivalencia de la noción de «Occidente», la «occidentalización», como proceso de homologación cultural con el modelo americano, es vista por S. Latouche como la forma prevaleciente de la actual globalización liberista (*L'occidentalisation du monde. Essai sur la signification, la portée et les limites de l'uniformisation planétaire* [1989], trad. it., *L'occidentalizzazione del mondo. Saggio sulla portata, il significato e i limiti dell'uniformazzione planetaria*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992). Sobre la permanente validez de esta hipótesis, cf. S. Latouche, «L'occidentalizzazione del mondo quindici anni dopo»: *Democrazia e diritto* 4 (2004), 11-20; N. Gasbarro, «Quale occidentalizzazione del mondo»: *ibid*., 21-39; F. Cassano, «L'eccedenza occidentale»: *ibid*., 40-50; U. Allegretti, «Varianti dell'occidentalizzazione: ideologia americana e ideologia europea»: *ibid*., 51-66.

183. J. M. Barbalet, *Cittadinanza. Diritti, conflitti e disuguaglianza sociale*, Liviana, Padova, 1992, p. 76.

184. F. de Vitoria, «De indis...», cit., *sec*. III, 1, p. 257.

185. *Ibid*., III, 2, p. 257.

186. *Ibid*., III, 3, pp. 258-259.

187. *Ibid*., III, 9-12, pp. 262-263.

188. *Ibid*., III, 5, p. 260.

189. *Ibid*., III, 6-7, pp. 260-261. Cf. también, *ibid*., II, 11-13, pp. 249-250. Sobre estas tesis de Francisco de Vitoria y sobre el esquema de legitimación de la expansión colonial que él inauguró —antes como «misión de evangelización», después, de manera más laica, de «civilización»— remito a mi libro *La sovranità*..., cit., pp. 20 ss.

190. «La mera posesión del poder estatal produce una *plusvalía política adicional*, que viene a añadirse al poder puramente legal y normativista, una *prima superlegal a la posesión legal del poder legal* (C. Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971, p. 49).

191. *Lo sviluppo umano. Rapporto 2005*, cit., p. 62. «Las desigualdades globales son menos visibles», prosigue el *Rapporto*, «pero no menos dañosas para los intereses públicos que las desigualdades internas. Difícilmente una economía mundial en la que el 40% de la población vive con rentas tan bajas que impiden su plena participación en la creación de la riqueza puede ayudar a una distribución de la prosperidad y el crecimiento».

192. F. A. von Hayek, *Law, Legislation and Liberty* [1982], trad. it., *Legge, legislazione e libertà*, cap. IX, pp. 268-270 (trad. cast. de J. Marcos de la Fuente, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios de la justicia y la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2006). Pero véase en su integridad la segunda parte, titulada «El espejismo de la justicia social», en la que se desarrolla el más duro y desdeñoso ataque promovido hasta la fecha contra la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948: «¿Cuál es, por ejemplo, el significado jurídico de la afirmación de que toda persona tiene 'derecho a realizar [...] los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad' (art. 22)? ¿Contra quién 'tiene derecho toda persona a condiciones de trabajo justas y favorables' (art. 23)? [...] En apariencia da la impresión de que los autores de tal Declaración no tomaron siquiera en consideración el hecho de que no todos son miembros de una organización a la que pueda garantizarse el derecho a 'una remuneración justa y favorable que incluya limitaciones razonables de horario y vacaciones periódicas pagadas' (art. 24). El concepto de 'derecho universal' que asegura al ciudadano, al esquimal y quizá al abominable hombre de las nieves 'vacaciones periódicas pagadas' pone de manifiesto el absurdo del conjunto» (*ibid*., cap. IX, trad. it., p. 311). Es un pasaje que denota la total incomprensión del carácter deóntico y lógico del «universalismo» de los derechos fundamentales (en el sentido de la cuantificación universal de sus titulares). No menos absurdas que el derecho a «vacaciones periódicas pagadas» del «abominable hombre de las nieves» que contrajese una relación de trabajo subordinado, deberían parecer, a quien no comprende el significado lógico de tal universalismo, todas las normas que en todas las constituciones atribuyen a *todos*, incluidos, por tanto, también los neonatos, el derecho a manifestar el propio pensamiento, a reunirse, asociarse y circular libremente; aún más, deberían parecer absurdas todas las normas téticas, de carácter, precisamente, general y abstracto, desde las del código penal a las relativas a la circulación viaria, igualmente dirigidas a *todos*, hombre de las nieves y neonatos incluidos.

193. Luciano Gallino ha calculado que en Estados Unidos la desigualdad en los últimos treinta años se ha más que cuadruplicado: la renta media de los directivos de las grandes empresas, que en 1975 era de 326.000 dólares al año, llegó a los 3.700.000 a mitad de los años noventa, mientras que en el mismo periodo los salarios de los obreros subieron de 8.000 a 20.000 dólares, con el consiguiente crecimiento de la diferencia entre ambos niveles de renta de una relación de 41 a 1 a otra de 187 a 1 (*Globalizzazione e disuguaglianze*, cit., p. 71).

194. *Lo sviluppo umano. Rapporto 2005*, cit., p. 21.

195. *Ibid*., p. 118. Según el gráfico 3.2 recogido *ibid*., p. 119, en 2004, de los países donantes, alcanzaron o superaron el 0,7 Noruega, Luxemburgo, Dinamarca, Suecia y Holanda; Japón fue el antepenúltimo, Estados Unidos el penúltimo, e Italia el último, con el 0,16%.

196. *Ibid*., pp. 120 y 130. Según la tabla 3.1 que allí se recoge, la relación entre gasto militar y ayudas en 2003 fue de 25 a 1 en Estados Unidos, de 13,3 a 1,6 en Gran Bretaña y de 9,8 a 1 en Italia. Éste es quizá el dato más significativo de la miopía del gasto público, al ser evidente que la seguridad colectiva

depende bastante más de la lucha contra las causas de la inseguridad, es decir, contra la pobreza y el retraso cultural, que de los armamentos.

197. *Ibid*., pp. 134-143.

198. En una entrevista concedida a *Le Monde* de 9 de agosto de 2001.

199. Véase, *supra*, la nota 127.

200. Todavía a comienzos del siglo pasado el desarrollo de las políticas sociales tenía lugar bajo la enseña de la beneficencia. Los dos principales capítulos dedicados a las políticas sociales en el volumen VIII del *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano* (ed. de Vittorio Emmanuele Orlando, Società Editrice Libraria, Milano, 1905) tienen como título «La beneficienza legale», de V. Biondi, pp. 1-379, y «Le istituzioni pubbliche di beneficienza», de A. Longo, pp. 381-585. Pero cf. también, en el mismo volumen, F. Virgilii, «Istruzione pubblica», pp. 587-841 y, en el volumen IV, parte II (1905), F. Cammeo, «Sanità pubblica. Parte prima», pp. 213-391, sobre los precedentes históricos y sobre el ordenamiento general de la sanidad pública, y C. Vitta, «Sanità pubblica. Parte seconda», pp. 395-839, sobre los diversos sectores de la administración sanitaria. Cf. además la extensa voz de G. B. Cereseto, «Sanità pubblica», en *Il Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1891, vol. XXI, parte I, pp. 309-480. Por lo demás, al margen de las etiquetas, se debe al viejo Estado liberal el desarrollo de una política de *Welfare* incomparablemente más avanzada que la realizada por la comunidad internacional en la actual «época de los derechos». Léanse, por ejemplo, en F. Cammeo, *loc. cit.*, las páginas sobre médicos, comadronas y veterinarios municipales, «botiquines» y «consorcios sanitarios» (pp. 313-391) y, en C. Vitta, *loc. cit.*, las páginas sobre la higiene de los alimentos y las bebidas (pp. 313-472), sobre la prevención de las enfermedades infecciosas y sobre el suministro estatal de quinina (pp. 565-597), sobre las vacunaciones obligatorias (pp. 598-611) y sobre la institución de las farmacias (pp. 764-790).

201. J. Locke, *Segundo tratado sobre el Gobierno civil*, cit., cap. 5, § 36, p. 62. Recuérdense también los pasajes de Locke citados *supra* en las notas 172 y 173 del capítulo 15.

202. El número de muertes causadas por las guerras en el siglo XX fue tres veces superior al total de las víctimas en los cuatro siglos precedentes: 109,7 millones frente a 19,4 millones del siglo XIX, 7 millones del siglo XVIII y 1,6 del siglo XVI (*Lo sviluppo umano. Rapporto 2005*, cit., p. 199).

203. Cf. G. Nebbia, *Il problema dell'acqua*, Cacucci, Bari, 1999; M. De Villiers, *Water: The Fate of Our Precious Resource*, Houghton Mifflin, New York, 2000; V. Shiva, *Water Wars* [2002], trad. it., *Le guerre dell'acqua*, Feltrinelli, Milano, 2003; AA. VV., *L'eau patrimoine commun de l'humanité*, L'Harmattan, Paris, 2002; el número *Acqua*, *Parolechiave* 27 (2002), con trabajos, en particular, de U. Leone, «L'acqua: un'emergenza?», pp. 21-31; A. Tanzi, «Diritto internazionale e acque trasnazionali», pp. 33-53; R. G. Maury, «L'idropolitica», pp. 55-64; G. Ragozzino, «Dispotismo occidentale», pp. 65-81. Cf. además R. Petrella, *Il bene comune. Elogio della solidarietà*, prólogo de L. Gallino, Diabasis, Reggio Emilia, 2003; D. Zolo, «Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese»: *Diritto pubblico* 1 (2005), 125-142; A. Lucarelli y S. Marotta, *Governo dell'acqua e diritti fondamentali. Una battaglia contro la privatizzazione*, Napoli, 2006; R. Briganti, «L'acqua come bene pubblico»: *Democrazia e diritto* 1 (2005), 146-162. Sobre el movimiento desarrollado en torno al problema del agua cf. E. Molinari, «L'acqua, bene comune dell'umanità. Il movimento mondiale: successi e problemi»: *Quale stato* 2/3 (2006), 197-210.

204. R. Petrella, *Il Manifesto dell'acqua. Il diritto alla vita per tutti*, Gruppo Abele, Torino, 2001, pp. 137-138.

205. Sobre los problemas del hambre en el mundo, cf. G. Barbina, *Il piatto vuoto. Geografia del sottosviluppo*, Carocci, Roma, 2001; J. Ziegler, *Le droit à l'alimentation*, Mille et Une Nuits-Fayard, Paris, 2002; G. Pisarello, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003.

206. Cf. G. Tognoni, «I farmaci essenziali come indicatori di diritto»: *Giornale italiano di farmacia clinica* 12/2 (1998), 116-122.

207. M. Correggia (ed.), *Accesso ai farmaci: la malattia del profitto*, dossier de Medici sensa frontiere, Abilgraf, Roma, 2002, p. 4; N. Dentico, «Medicine? Soltanto per il mondo dei privilegiati»: *Fondazione Internazionale Lelio Basso* VI/3 (2000), 3.

208. N. Dentico, «Medicine?...», cit., p. 2.

209. Son los datos, referidos a 1999, recogidos en *Accesso ai farmaci...*, cit., p. 6 (fuente *Rapporto OMS 2000*). El 95% de las muertes por sida se produjeron en los países pobres y el 79% sólo en África subsahariana (*ibid*., p. 7), donde se dieron también el 90% de las muertes por malaria (*ibid*., p. 8). África, donde es mayor el número de muertos por enfermedades no tratadas, absorbe sólo el 1% de las ventas globales de fármacos (*ibid*., p. 5).

210. Es un dato recogido en *Lo sviluppo umano. Rapporto 2005*, cit., pp. 24 y 50, donde se pone de relieve un crecimiento en 2003 y 2004 de la pandemia de Sida —«la peor inversión de tendencia nunca registrada en el desarrollo humano»— con respecto a los 2,6 millones de muertos ocasionados por ella en 1999 (*Acceso ai farmaci...*, cit., p. 6). La casi totalidad de estos fallecimientos se ha producido en los países pobres, el 70% en África. El número de personas infectadas de Sida en 2004 fue de 38 millones, de ellos 25 sólo en África subsahariana (*Lo sviluppo umano. Rapporto 2005*, cit., p. 50).

211. El sarampión provoca medio millón de muertes al año, y otras tantas la difteria, la tos ferina y el tétanos, todos evitables mediante la vacunación (*Lo sviluppo umano. Rapporto 2005*, cit., p. 57). Más de 27 millones de niños no son vacunados en el curso del primer año de vida, lo que ocasiona la muerte de un millón cuatrocientos mil de ellos (*ibid*., p. 116). Se calcula que la asistencia sanitaria de base supone un costo de 30 dólares por persona, mientras que en los países pobres el gasto gira en torno a los 11 dólares y desciende hasta 3 dólares en las regiones más pobres del África subsahariana (*ibid*., p. 112).

212. *Ibid*., p. 58 y pp. 116-117.

213. *Ibid*., p. 29 y p. 130.

214. *Acceso ai farmaci...*, cit., p. 10.

215. *Ibid*., p. 12.

216. *Ibid*., p. 14.

217. *Ibid*., p. 13.

218. *Ibid*., p. 7. Un fármaco antibiótico capaz de curar la ceguera por tracoma, a la que se han visto reducidas seis millones de personas, permanece cubierto por una patente de la multinacional Pfizer (*ibid*., p. 8).

219. La vacuna utilizada generalmente para la tuberculosis se remonta a 1923, pero la terapia basada en ella y recomendada por la OMS es impracticable en los países pobres, al exigir de 6 a 8 meses de tratamiento bajo directa observación médica; el último fármaco útil fue inventado hace treinta años, después no se ha hecho nada, dado que en los países ricos la tuberculosis es ya casi desconocida (N. Dentico, «Medicine?...», cit., p. 56). La enfermedad del sueño (tripanosomiasis), causada por un parásito transmitido por la mosca tse-tse, que a comienzos de los años setenta golpeaba a menos de mil personas al año, registró en los años noventa 300.000 casos anuales, causando 70.000 muertos por falta

de asistencia médica, debido a los costes de la producción del fármaco DFMO, retirado del mercado al revelarse ineficaz para la curación del cáncer, que es el objeto con el que se había emprendido la investigación (*Accesso ai farmaci*..., cit., p. 8).

220. *Accesso ai farmaci*..., cit., p. 5.

221. N. Dentico, «Medicine?...», cit., p. 3.

222. *Accesso ai farmaci*..., cit., p. 5.

223. *Lo sviluppo umano. Rapporto 2005*, cit., pp. 88-89. De ello se sigue además una sensible reducción de la esperanza de vida, a expensas sobre todo de los sectores de población más pobres: un niño estadounidense perteneciente al 5% de la franja más baja de la población tendrá una vida un 25% más breve que un niño que pertenezca a la más alta (*ibid*. p. 88).

224. *Ibid*., p. 93.

225. A. Touraine, *Comment sortir du libéralisme* [1999], trad. cast. de J. Palacios Tauste, *¿Cómo salir del liberalismo?*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2003; M. Pianta, *Globalizzazione dal basso. Economia mondiale e movimenti sociali*, Manifestolibri, Roma, 2001; AA. VV., *A la recherche d'alternatives. Un autre monde est-il possible?*, L'Harmattan, Paris, 2001; D. Della Porta y L. Mosca (eds.), *Globalizzazione e movimenti sociali*, Manifestolibri, Roma, 2003; B. Cassen, *Tout a commencé à Porto Alegre. Mille forums sociaux*, Mille et Une Nuits-Fayard, Paris, 2003; G. Bronzini, H. Friese, A. Negri y P. Wagner (eds.), *Europa, costituzione e movimenti sociali*, Manifestolibri, Roma, 2003; B. de Sousa Santos, *Il Forum sociale mondiale. Verso una gobalizzazione antiegemonica*, introd. de U. Allegretti, Città Aperta, Troina, 2003; Íd., «Il movimento dei movimenti. Tra passato e futuro»: *La rivista del manifesto* 43 (2003); Íd., *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, FCE, México, 2004; Íd., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Trotta, Madrid, 2005; U. Allegretti, «Il Movimento internazionale come attore costituzionale»: *Democrazia e diritto* 1 (2004), 56-73.

226. Recuérdese el pasaje final de Kant, *La paz perpetua*, cit., p. 30: «Como se ha avanzado tanto en el establecimiento de una comunidad (más o menos estrecha) entre los pueblos de la tierra que la violación del derecho en un punto de la tierra repercute en todos los demás, la idea de un derecho cosmopolita no resulta una representación fantástica ni extravagante, sino que completa el código no escrito del derecho político y del derecho de gentes en un derecho público de la humanidad, siendo un complemento de la paz perpetua, al constituirse en condición para una continua aproximación a ella».

227. I. Kant, «En torno al tópico...», cit., III, «Contra Moses Mendelssohn», p. 54.

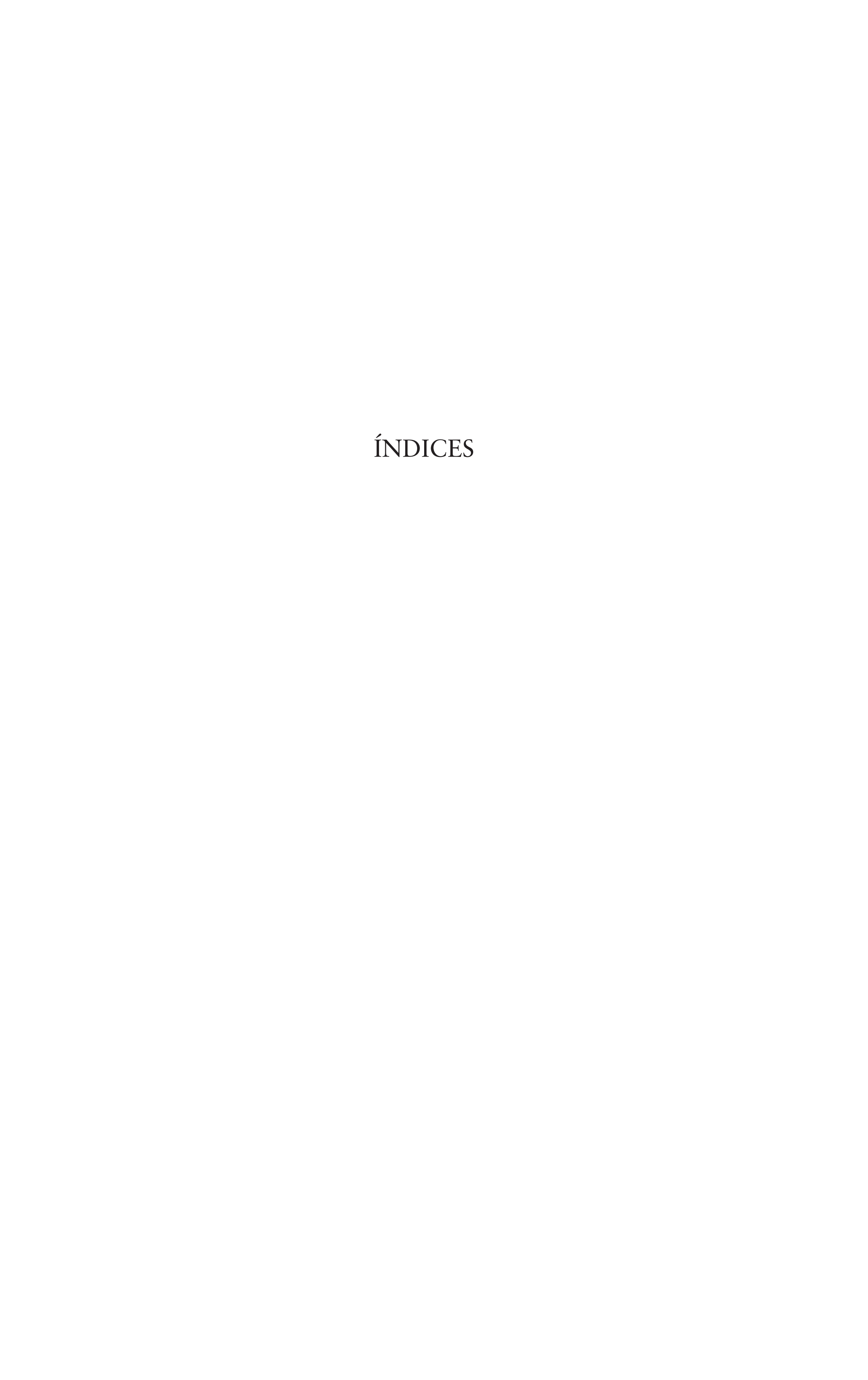
228. *Ibid*., III, p. 55. «Los argumentos empíricos contra el éxito de estas resoluciones tomadas por esperanza», prosigue Kant, «son aquí del todo inoperantes; la suposición de que, cuanto hasta ahora no se ha logrado, sólo por eso tampoco se va a lograr jamás, no autoriza en modo alguno a desistir de propósitos pragmáticos o técnicos (como, por ejemplo, el de viajar por el aire con globos aerostáticos), y menos todavía de un propósito moral, pues respecto de este último basta con que no se haya demostrado la imposibilidad de su realización para que constituya un deber. Además, se pueden ofrecer muchas pruebas de que el género humano en su conjunto ha hecho realmente considerables progresos, incluso por el camino de su perfeccionamiento moral, si se compara nuestra época con todas las anteriores». Kant vuelve sobre la misma tesis del carácter desinteresado y, por consiguiente, moral de la política y del compromiso político, en «Si el género humano se halla en progreso constante...», cit., § 6, pp. 105-106,

a propósito de la revolución, en la que, considera, se hace explícita con claridad la toma de partido de los espectadores, de un modo «tan general y tan desinteresado por uno de los dos bandos contra el otro, arrostrando el peligro del grave perjuicio que tal partidismo les pudiera acarrear; lo cual (en virtud de su generalidad) demuestra un carácter del género humano en conjunto y, además (en virtud de su desinterés), un carácter moral, por lo menos en la índole, cosa que no sólo nos permite tener esperanzas en el progreso, sino que lo constituye ya, puesto que su fuerza alcanza por ahora. Esta revolución de un pueblo lleno de espíritu, que estamos presenciando en nuestros días, puede triunfar o fracasar, puede acumular tal cantidad de miseria y de crueldad que un hombre honrado, si tuviera la posibilidad de llevarla a cabo una segunda vez con éxito, jamás se decidiría a repetir un experimento tan costoso, y, sin embargo, esta revolución, digo yo, encuentra en el ánimo de todos los espectadores (que no están complicados en el juego) una *participación* de su deseo, rayana en el entusiasmo, cuya manifestación, que lleva aparejado un riesgo, no puede reconocer otra causa que una disposición moral del género humano».

229. I. Kant, «En torno al tópico...», cit., III, pp. 53-54. Frente a la idea de que una esperanza semejante corresponda a una utopía, Kant concluye así: «Pero, a la vez, también confío (*in subsidium*) en la naturaleza de las cosas, que lleva por la fuerza a donde no se quiere ir de buen grado (*fata volentem ducunt, nolentem trahunt*). Y en la naturaleza de las cosas se incluye asimismo la naturaleza humana; como en esta última siempre continúa vivo el respeto por el derecho y el deber, no puedo ni quiero considerarla hundida en el mal hasta el extremo de que la razón práctica moral, tras muchos intentos fallidos, no vaya a triunfar finalmente sobre el mal y no nos presente a la naturaleza humana como digna de ser amada. Así pues, también desde este punto de vista cosmopolita se mantiene la tesis: lo que por fundamentos racionales vale para la teoría, es asimismo válido para la práctica» (*ibid*., p. 60). De manera análoga, en *La paz perpetua*, cit., suplemento primero, p. 37: «Cuando digo que la naturaleza quiere que ocurra esto o aquello no significa que la naturaleza nos imponga un deber de hacerlo (pues esto sólo puede imponerlo la razón práctica libre de coacción) sino que ella misma lo *hace*, querámoslo o no (*fata volentem ducunt, nolentem trahunt*)». Hasta el punto de que «el problema del establecimiento del Estado tiene solución, incluso para un pueblo de demonios, por muy fuerte que suene (siempre que tenga entendimiento)» (*ibid*., p. 38).

230. I. Kant, «Si el género humano se halla en progreso constante...», cit., § 7, p. 109: «Pero si tampoco ahora se alcanzara el fin que abriga ese acontecimiento, si la revolución o reforma de la constitución de un pueblo a fin de cuentas fracasara, o si, habiendo regido durante algún tiempo, las cosas volvieran a su antiguo cauce (como los políticos anuncian ahora), no por eso pierde aquella predicción filosófica nada de su fuerza. Porque ese acontecimiento es demasiado grande, demasiado ligado al interés de la humanidad, demasiado esparcido, en virtud de su influencia sobre el mundo, por todas sus partes, para que los pueblos no lo recuerden en alguna ocasión propicia y no sean incitados por ese recuerdo a repetir el intento; porque en asunto tan decisivo para el género humano, algún tiempo llegará en que, por fin, la constitución anhelada logre aquella firmeza en el ánimo de todos que la enseñanza de frecuentes experiencias no podrá menos de producir».

231. N. Bobbio, «Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti» [1989], trad. cast. de M. Lorenzo, «La primacía de los derechos sobre los deberes», en Íd., *Teoría general de la política*, cit., pp. 511-520.



ÍNDICES

ÍNDICE DE NOMBRES

ÍNDICE DE MATERIAS

ÍNDICE DE LA OBRA

VOLUMEN PRIMERO

VOLUMEN SEGUNDO

PARTE CUARTA. La democracia constitucional

VOLUMEN TERCERO